

Praxis

Alexandru Dimitriu

Recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței

- Deschiderea procedurii
- Garanțiile
- Acțiunea în anulare
- Atragerea răspunderii

II 458 802

BCU IASI

Editura C.H. Beck

|| 458 802

BCU IASI

PRAXIS

**Recuperarea creanțelor
prin procedura insolvenței**

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

DIMITRIU, Alexandru Paul

Studii: Facultatea de Relații Economice Internaționale, Academia de Studii Economice din București (2000-2004); Facultatea de Drept, Universitatea Nicolae Titulescu din București (2002-2006); Institutul Național de Pregătire a Avocaților (2007-2008); master Dreptul Afacerilor, Facultatea de Drept, Universitatea de București (2009-2010); doctor în drept, cu calificativul excelent, specializarea Dreptul Afacerilor, Insolvență, Școala de studii doctorale a Universității din București.

Activitate: Avocat partener, SCA „Piperea și Asociații” (din 2013); avocat asociat, SCA „Piperea și Asociații” (2007-2012); avocat în Baroul București (din 2007); redactor de carte juridică la Editura C.H. Beck (2005-2006); colaborator al revistei Curierul Judiciar și al Bibliotecii juridico-economică online Legalis.ro, Secțiunea Monitorul Oficial Adnotat (din 2008).

Publicații: Autor al lucrărilor *Codul comercial adnotat*, Ed. C.H. Beck, București, 2009 și *Cererea de deschidere a procedurii insolvenței în Noul Cod al insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București (2014); coautor al lucrărilor *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București (2011) și *Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București (2012); precum și autor al unor articole de specialitate: „Încunoștințarea telefonică cu privire la termenul de judecată în reglementarea NCPC. Divergențe doctrinare”, în Curierul Judiciar nr. 7/2013; „Garanțiile creditorilor în procedura insolvenței în obscuritatea noului Cod civil”, în Curierul Judiciar nr. 6/2013; „Dreptul la apărare vs. Dreptul la un proces echitabil într-un termen optim și previzibil în Noul Cod de procedură civilă”, în Curierul Judiciar nr. 9/2012; „Acțiune în constatarea dreptului de proprietate asupra unui teren cu toate părțile persoane fizice. Comercia-litate?!”, în Curierul Judiciar nr. 8/2009; „Declararea stării de insolvabilitate a debitorilor persoane fizice sau juridice, conform prevederilor art. 176 C.proc.fisc. și ale Ordinului nr. 539/2009”, în Curierul fiscal nr. 6/2009; „Are CSM atributul legiferării?”, în Curierul Judiciar nr. 11/2008.

Alexandru Dimitriu

S 739 743

Recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței



0 000010 88830

BCU IASI



Editura C.H. Beck
București 2015



AVERTISMENT!

Având în vedere amploarea luată de fenomenul fotocopierii lucrărilor de specialitate, mai ales în domeniul Dreptului, atragem atenția că, potrivit art. 14 și 140 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, reproducerea operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe, dacă respectiva reproducere a fost efectuată fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de legea menționată, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare sau cu amendă. Prin reproducere, conform legii, se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloace și sub orice formă.

Nu vă faceți părtași la distrugerea cărții!

Editura C.H. Beck este acreditată CNATDCU și este considerată editură cu prestigiu recunoscut.

Recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței
Alexandru Dimitriu

Copyright © 2015 – Editura C.H. Beck

Toate drepturile rezervate Editurii C.H. Beck

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al Editurii C.H. Beck.

Drepturile de distribuție în străinătate aparțin în exclusivitate editurii.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

DIMITRIU, ALEXANDRU

Recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței / Alexandru Dimitriu. - București : Editura C.H. Beck, 2015

Bibliogr.

Index

ISBN 978-606-18-0487-0

336.763.42

347.736(498)

Editura C.H. Beck

Str. Serg. Nău Ion nr. 2, sector 5, București

Tel.: 021.410.08.47; 021.410.08.09

021.410.08.73; 021.410.08.46

Fax: 021.410.08.48

E-mail: comenzi@beck.ro

Redactor: Oana Dobrițescu
Tehnoredactor: Cătălin Mantu

Cuprins

Pentru Oana, mulțumesc.....

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Cuprins

Prefață.....	XXI
Abrevieri.....	XXV
Argument.....	XXIX
Capitolul I. Cererea de deschidere a procedurii insolvenței	1
Secțiunea 1. Deschiderea procedurii insolvenței la cererea debitorului.....	1
§1. Condițiile deschiderii voluntare a procedurii insolvenței.....	2
1.1. Insolvența instalată.....	2
1.2. Insolvența iminentă	5
1.3. Condiții generale pe care trebuie să le îndeplinească cererea de deschidere voluntară a procedurii insolvenței.....	5
§2. Procedura de judecată	8
2.1. Judecata cererii	8
2.2. Posibilitatea suspendării executărilor silite după depunerea cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței.....	8
§3. Opoziția creditorilor la cererea de deschidere voluntară a procedurii insolvenței.....	10
3.1. Natura juridică a opoziției	10
3.2. Inadmisibilitatea apelului formulat de creditorii împotriva încheierii de deschidere voluntară a procedurii insolvenței.....	11
3.3. Judecarea opoziției	13
3.4. Soluțiile pronunțate în cadrul opoziției	15
3.5. Apelul împotriva sentinței pronunțate asupra opoziției	17
§4. Cererea de intervenție în cadrul cererii de deschidere a procedurii insolvenței.....	18
4.1. Cererea de intervenție principală.....	19
4.2. Cererea de intervenție accesorie.....	24

Secțiunea a 2-a. Deschiderea procedurii insolvenței	
la cererea creditorului	25
§1. Caracterul și scopul formulării de către creditor a cererii de deschidere a procedurii insolvenței	25
§2. Creditorul îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței.....	30
2.1. Insolvența prezumată.....	32
2.2. Insolvența iminentă	56
§3. Procedura de judecată	58
3.1. Fixarea primului termen de judecată	59
3.2. Judecata propriu-zisă a cererii de deschidere a procedurii insolvenței.....	61
3.3. Cazurile de conexitate	62
3.4. Suspendarea cauzei în temeiul art. 413 C.proc.civ...63	
3.5. Suspendarea operațiunilor de înstrăinare a unor bunuri sau drepturi patrimoniale importante din averea debitorului	64
§4. Apelul	65
4.1. Suspendarea hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței.....	65
4.2. Apelul împotriva sentinței pronunțate cu privire la cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditor.....	68
§5. Cererea de deschidere a procedurii insolvenței – instrument de presiune	70
5.1. Rațiunea care stă la baza folosirii cererii de deschidere a procedurii insolvenței ca instrument de presiune	70
5.2. Riscurile la care se supune creditorul	73
5.3. Abuzul de drept	74
Capitolul II. Garanțiile în procedura insolvenței.....	80
Secțiunea 1. Rolul garanțiilor în procedura insolvenței	80
§1. Noțiunea de garanție	80
§2. Garanțiile în procedura insolvenței	82
§3. Scopul și efectele specifice ale garanțiilor în procedura insolvenței	85

Secțiunea a 2-a. Compatibilitatea limitărilor garanției comune a creditorilor cu procedura insolvenței.....	86
§1. Noțiunea de garanție comună a creditorilor.....	86
§2. Limitarea garanției comune a creditorilor.....	87
2.1. Inesizabilitatea legală.....	88
2.2. Inesizabilitatea voluntară.....	89
§3. Inesizabilitatea în procedura insolvenței.....	92
3.1. Diviziunile patrimoniale.....	92
3.2. Fiducia.....	93
3.3. Convențiile de limitare a drepturilor creditorilor ipotecari.....	96
3.4. Clauzele de inesizabilitate/inalienabilitate.....	98
Secțiunea a 3-a. Privilegiile.....	99
§1. Considerații generale.....	99
§2. Privilegiile în procedura insolvenței.....	101
Secțiunea a 4-a. Ipoteca.....	103
§1. Considerații generale.....	103
1.1. Noțiune.....	103
1.2. Scopul și rolul ipotecii în procedura insolvenței	104
1.3. Caracterele juridice ale ipotecii în procedura insolvenței.....	105
§2. Cesiunea ipotecii în procedura insolvenței.....	108
2.1. Noțiune.....	108
2.2. Condiții de validitate.....	108
2.3. Cesiunea și schimbarea rangului ipotecii.....	109
2.4. Cesiunea ipotecii.....	112
2.5. Egalizarea rangurilor și împărțirea rangurilor egale.....	112
2.6. Operațiunile asimilate ipotecii.....	113
2.7. Aplicarea aspectelor de noutate din materia ipotecii reglementate de Codul civil în procedura insolvenței.....	115
Secțiunea a 5-a. Gajul.....	119
§1. Noțiune.....	119
§2. Aspecte controversate privind aplicarea instituției gajului în procedura insolvenței.....	119

Secțiunea a 6-a. Dreptul de retenție	121
§1. Natura juridică	121
§2. Dreptul de retenție în procedura insolvenței	122
Capitolul III. Reorganizarea judiciară	124
Secțiunea 1. Aspecte introductive.....	124
§1. Noțiune	124
§2. Natura juridică a planului de reorganizare	131
Secțiunea a 2-a. Persoanele îndreptățite să propună planul de reorganizare	132
§1. Propunerea planului de către debitoare	133
§2. Propunerea planului de către creditorii	139
§3. Propunerea planului de către administratorul judiciar	142
§4. Modificarea planului	143
Secțiunea a 3-a. Conținutul planului și modalitățile de reorganizare	144
§1. Conținutul planului	146
1.1. Perspectivele de redresare	146
1.2. Programul de plată a creanțelor	147
1.3. Regimul juridic al creanțelor defavorizate	150
1.4. Dacă și în ce măsură debitorul, membrii grupului de interes economic, asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită vor fi descărcați de răspundere	151
1.5. Indicarea despăgubirilor ce urmează a fi oferite titularilor tuturor categoriilor de creanțe, în comparație cu valoarea estimativă ce ar putea fi primită prin distribuire în caz de faliment.....	151
1.6. Modul în care se propune achitare a creanțelor curente	152
§2. Modalitățile de reorganizare	153
2.1. Păstrarea, în întregime sau în parte, de către debitor, a conducerii activității sale, inclusiv dreptul de dispoziție asupra bunurilor din averea sa, cu supravegherea activității sale de către administratorul judiciar desemnat în condițiile legii	153

2.2. Obținerea de resurse financiare pentru sustinerea realizării planului	155
2.3. Transmiterea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului către una ori mai multe persoane fizice sau juridice, constituite anterior ori ulterior confirmării planului	156
2.4. Fuziunea sau divizarea debitorului	158
2.5. Lichidarea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului	158
2.6. Modificarea sau stingerca cauzelor de preferință ...	160
2.7. Prolungirea datei scadenței, precum și modificarea ratei dobânzii, a penalității sau a oricărei alte clauze din cuprinsul contractului ori a celorlalte izvoare ale obligațiilor sale	161
2.8. Modificarea actului constitutiv al debitorului, în condițiile legii	162
2.9. Emiterea titlurilor de valoare de către debitor sau oricare dintre persoanele prevăzute la lit. D și E, în condițiile prevăzute de Legea nr. 31/1990 și de Legea nr. 297/2004	162
§3. Termenul de realizare a planului	163
Secțiunea a 4-a. Votarea planului	163
§1. Categoriile de creanțe care votează planul	164
1.1. Creanțele care beneficiază de drepturi de preferință	164
1.2. Creanțele salariale	166
1.3. Creanțele bugetare	167
1.4. Creanțele creditorilor indispensabili	170
1.5. Creanțele chirografare	174
§2. Adoptarea deciziei în cadrul Adunării Creditorilor de votare a planului de reorganizare	174
2.1. Ipoteza propunerii mai multor planuri de reorganizare	174
2.2. Planul să fie votat de cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale	176
2.3. Planul să fie acceptat de categoriile de creanțe, în condițiile art. 139 alin. (1) lit. A-C din Codul insolvenței	177

2.4. Cel puțin una dintre categoriile defavorizate să accepte planul	178
Secțiunea a 5-a. Confirmarea și efectele confirmării planului de reorganizare	180
§1. Condițiile pe care trebuie să le îndeplinească planul în vederea confirmării sale	182
1.1. Aspecte de legalitate ale planului	182
1.2. Condiția viabilității planului	182
1.3. Tratament corect și echitabil	184
1.4. Ipoteze în care planul de reorganizare nu este confirmat	185
§2. Efectele confirmării planului de reorganizare	185
2.1. Efectele hotărârii judecătorești	186
2.2. Efectele asupra debitorului	186
2.3. Efectele asupra codebitorilor și a fideiusorilor debitorului	187
2.4. Efectele asupra creditorilor	187
Secțiunea a 6-a. Modalități de reorganizare specifice dreptului societar – divizarea și fuziunea	188
§1. Avantajele acestor modalități de reorganizare judiciară	189
§2. Propunerea acestor modalități de reorganizare	190
§3. Etapele	191
3.1. Adoptarea unor hotărâri AGA prin care societățile își vor da acordul de principiu cu privire la fuziune/divizare	191
3.2. Depunerea planului de divizare/fuziune la ONRC și posibilitatea creditorilor de a formula opoziție	192
3.3. Adoptarea unor hotărâri AGA de aprobare a fuziunii/divizării, conform art. 246 din Legea nr. 31/1990	194
3.4. Aplicarea prevederilor art. 251 din Legea nr. 31/1990 – nulitatea fuziunii	195
Capitolul IV. Falimentul	197
Secțiunea 1. Aspecte introductive	197
§1. Procedura simplificată de faliment	198
§2. Falimentul în procedura generală	201

Secțiunea a 2-a. Reconfigurarea masei credale	202
§1. Aspecte introductive	202
§2. Întocmirea tabelului suplimentar al creanțelor.....	204
Secțiunea a 3-a. Lichidarea	205
§1. Evaluarea	206
§2. Întocmirea și aprobarea regulamentului de vânzare	206
§3. Modalitățile de valorificare a bunurilor din averea debitorului.....	207
3.1. Valorificarea prin negociere directă	207
3.2. Valorificarea prin licitație publică.....	208
3.3. Valorificarea în bloc.....	209
3.4. Valorificarea valorilor mobiliare.....	209
3.5. Adjudecarea în contul creanței	209
§4. Contestația împotriva modalității de valorificare a bunurilor debitorului	210
Secțiunea a 4-a. Distribuirea surselor.....	211
§1. Ordinea de distribuire	212
1.1. Cheltuieli aferente procedurii	212
1.2. Creanțele creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință.....	213
1.3. Creanțele provenind din finanțări acordate după deschiderea procedurii.....	214
1.4. Creanțele izvorâte din raporturi de muncă	214
1.5. Creanțele rezultând din continuarea activității debitorului, respectiv creanțele datorate terților dobânditori sau subdobânditori rezultate din admiterea acțiunii în anularea actelor frauduloase.....	215
1.6. Creanțele bugetare.....	215
1.7. Creanțele reprezentând sumele datorate de către debitor unor terți, în baza unor obligații de întreținere, alocații pentru minori sau de plată a unor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență	215
1.8. Creanțele reprezentând sumele stabilite de judecătorul-sindic pentru întreținerea debitorului și a familiei sale, dacă acesta este persoană fizică	216

1.9. Creanțele reprezentând credite bancare, cu cheltuielile și dobânzile aferente, cele rezultate din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, din chirii, creanțele corespunzătoare art. 123 alin. (11) lit. b), inclusiv obligațiunile	216
1.10. Alte creanțe chirografare	216
1.11. Creanțele subordonate	216
§2. Contestația la planul de distribuție	217
Secțiunea a 5-a. Obiecțiunile la raportul privind închiderea procedurii și atacarea hotărârii de închidere a procedurii	219
Secțiunea a 6-a. Divizarea și fuziunea în faliment	222
§1. Caracterul general al prevederilor art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990	222
§2. Aplicații practice	224
Capitolul V. Acțiunea în anularea actelor frauduloase	225
Secțiunea 1. Natura juridică a acțiunii în anulare a actelor frauduloase ale debitorului	225
§1. Comparație cu acțiunea revocatorie	227
§2. Comparație cu acțiunea în anulare/nulitate de drept comun	231
§3. Caracter reparator vs. caracter sancționator	234
Secțiunea a 2-a. Părțile acțiunii în anulare a actelor frauduloase	236
§1. Reclamanții	236
§2. Pârâții	239
§3. Intervenienții	241
Secțiunea a 3-a. Momentul introducerii acțiunii în anulare	242
§1. Momentul de la care poate fi formulată cererea	242
§2. Momentul până la care poate fi formulată cererea. Decăderea	244
Secțiunea a 4-a. Condițiile formulării acțiunii în anulare	248
§1. Acte scoase din sfera acțiunii în anulare	254
§2. Perioada suspectă	258
§3. Acțiunea în anulare reglementată de art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței	260

3.1. Aspecte generale.....	260
3.2. Tipuri de tranzacții ce pot fi anulate prin mecanismul pus la îndemână de prevederile art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței	264
§4. Acțiunea în anulare reglementată de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței.....	273
4.1. Acte de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu excepția sponsorizărilor în scop umanitar	274
4.2. Operațiuni comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii	278
4.3. Actele încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori sau de a le leza în orice alt fel drepturile	283
4.4. Actele de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer	286
4.5. Constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii.....	287
4.6. Plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii	293
4.7. Actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă un creditor	296

§5. Diferențe între acțiunea în anulare întemeiată pe art. 117 alin. (2) și cea întemeiată pe art. 117 alin. (4) din Codul insolvenței.....	297
Secțiunea a 5-a. Efectele admiterii acțiunii în anulare	300
§1. Efectele nulității în funcție de operațiunea sau tranzacția anulată	300
1.1. Anularea plăților.....	300
1.2. Anularea cesiunii de creanță.....	301
1.3. Compensarea, darea în plată, precum și restul modalităților de plată	301
1.4. Anularea garanțiilor.....	301
1.5. Anularea actelor subsecvente	302
§2. Efectele nulității asupra terțului dobânditor.....	302
§3. Efectele nulității asupra subdobânditorului.....	307
Secțiunea a 6-a. Incidente procedurale legate de acțiunea în anulare.....	310
§1. Calitatea procesual-activă	310
1.1. Lichidatorul/administratorul judiciar.....	310
1.2. Comitetul creditorilor sau creditorul majoritar.....	311
§2. Calitatea procesual pasivă.....	312
§3. Necompetența	313
§4. Prematuritatea	314
Capitolul VI. Acțiunea în atragerea răspunderii	315
Secțiunea 1. Aspecte introductive.....	315
§1. Natura juridică	315
§2. Regimul reparator vs. regimul sancționator	320
§3. Diferențierea de alte tipuri de răspundere	322
Secțiunea a 2-a. Părțile cererii de atragere a răspunderii.....	326
§1. Reclamanții	326
1.1. Administratorul judiciar/lichidatorul	326
1.2. Creditorii	327
1.3. Judecătorul-sindic.....	329
§2. Pârâții.....	329
2.1. Persoanele care intră în sfera de reglementare a sintagmei „membrii organelor de conducere/ membrii organelor de supraveghere”	332

2.2. Orice altă persoană care a contribuit la starea de insolvență a debitorului	334
§3. Răspunderea solidară în caz de pluralitate a persoanelor responsabile	344
Secțiunea a 3-a. Momentul introducerii acțiunii	347
§1. Condițiile de ordin obiectiv în privința momentului de la care poate fi introdusă acțiunea	347
§2. Condițiile particulare în privința momentului de la care poate fi introdusă acțiunea	348
§3. Formularea acțiunii în perioada reorganizării judiciare	351
Secțiunea a 4-a. Condițiile atragerii răspunderii.....	352
§1. Situațiile premisă	353
1.1. Existența și actualitatea stării de insolvență	353
1.2. Constatarea insuficienței activului pentru plata întregului pasiv.....	355
§2. Existența unei fapte ilicite.....	361
2.1. Utilizarea bunurilor sau a creditelor persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane juridice – art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței	363
2.2. Efectuarea unor activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice – art. 169 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței.....	368
2.3. Continuarea, în interes personal, a unei activități care ducea în mod vădit persoana juridică la încetarea de plăți – art. 169 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței	369
2.4. Au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea – art. 169 art. (1) lit. d) din Codul insolvenței.....	373
2.5. Deturnarea sau ascunderea unei părți din activul persoanei juridice sau mărirea fictivă a pasivului acesteia – art. 169 alin. (1) lit. e) din Codul insolvenței	376

2.6. Folosirea de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri – art. 169 alin. (1) lit. f) din Codul insolvenței.....	377
2.7. Efectuarea de plăți cu preferință către un creditor, în dauna celorlalți creditori, în luna precedentă încetării plăților – art. 169 alin. (1) lit. g) din Codul insolvenței.....	378
2.8. Orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului....	381
§3. Existența prejudiciului	384
§4. Raportul de cauzalitate între faptă și prejudiciu.....	388
§5. Vinovăția.....	390
Secțiunea a 5-a. Aspecte procedurale.....	393
§1. Verificarea cererii și fixarea primului termen de judecată	394
1.1. Procedura de verificare a cererii de chemare în judecată.....	394
1.2. Fixarea primului termen de judecată	395
§2. Procedura de citare și de comunicare a actelor de procedură.....	395
§3. Probele	396
§4. Măsurile asigurătorii	397
§5. Punerea în executare a hotărârii	399
§6. Incidente procedurale în legătură cu acțiunea în atragerea răspunderii	402
6.1. Calitatea procesual-activă.....	402
6.2. Calitatea procesual-pasivă.....	407
6.3. Prescripția extinctivă	407
6.4. Inadmisibilitatea cererii de atragere a răspunderii	409
6.5. Suspendarea.....	412
6.6. Soluționarea litigiului prin înțelegerea părților	414
§7. Căile de atac.....	415
Capitolul VII. Închiderea procedurii	417
Secțiunea 1. Aspecte generale.....	417
Secțiunea a 2-a. Cazurile în care se poate dispune închiderea procedurii.....	418

Secțiunea a 3-a. Efectele închiderii procedurii asupra creditorilor.....	424
§1. Închiderea insolvenței ca urmare a realizării planului de reorganizare.....	425
§2. Închiderea procedurii ca urmare a îndeplinirii tuturor creditorilor în alte modalități decât prin planul de reorganizare.....	426
§3. Închiderea procedurii ca urmare a imposibilității acoperirii creanțelor	427
§4. Efectele pe care închiderea procedurii la are asupra acțiunilor specifice procedurii insolvenței – anularea actelor frauduloase și atragerea răspunderii.....	429
§5. Efectele închiderii procedurii asupra posibilității creditorilor de a recupera creanțele de la garanții personali ai debitorului	430
Concluzii și propuneri <i>de lege ferenda</i>	432
Bibliografie	445
Index alfabetic.....	457

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Prefață

În contextul în care în România există din ce în ce mai multe proceduri de insolvență pe rolul instanțelor (estimate la câteva zeci de mii), fiind adoptat relativ recent și un nou „Cod” al insolvenței care își propune să reunească toate reglementările referitoare la insolvență, respectiv Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență („*Legea insolvenței*”), autorul ne propune o abordare sistematică excelentă a noii legislații în materie, cu trimiteri frecvente la jurisprudența instanțelor de judecată, cristalizată sub imperiul vechii reglementări a insolvenței, cu prezentarea principalelor opinii din literatura de specialitate deopotrivă națională și europeană.

Prezenta lucrare reprezintă teza de doctorat cu același titlu, în care autorul abordează o temă de actualitate care prezintă o importanță deosebită atât din punct de vedere practic, cât și din punct de vedere teoretic.

Este vizată cu precădere recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței „de drept comun” (art. 1-182 din Legea nr. 85/2014), dispozițiile speciale privind procedura insolvenței grupului de societăți, privind falimentul instituțiilor de credit, a societăților de asigurare/reasigurare și aspectele referitoare la insolvența transfrontalieră fiind tratate sub forma unor trimiteri sau conexiuni binevenite, pe care autorul le realizează în cuprinsul tezei.

Sub aspect teoretic, trebuie remarcat faptul că lucrarea constituie o abordare monografică a modului în care pot fi recuperate creanțele prin procedura insolvenței, punctând veritabile soluții la problemele pe care le implică în anumite situații identificarea strategiilor corespunzătoare pe care trebuie să le adopte creditorii implicați în procedură, fără a neglija nici situația debitorului supus procedurii.

Cele șapte capitole, precum și subcapitolele și secțiunile aferente, cuprind o amplă analiză a etapelor pe care le parcurge un

debitor aflat în insolvență, de la instalarea stării de insolvență (prezumată sau iminente), analizată drept o condiție pentru formularea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, până la încheierea procedurii, punct *terminus* al unei proceduri de insolvență.

Lucrarea a reușit să realizeze un adevărat examen jurisprudențial în materia insolvenței, analiza cauzelor soluționate de către instanțele naționale, pronunțate pe parcursul a 20 de ani, fiind de natură a atrage atenția asupra importanței creării și aplicării cadrului legal delimitând procedura insolvenței. Cauzele menționate sunt indispensabile în acele cazuri în care este mai dificil a determina sensul în care trebuie aplicat un anumit text de lege, cuprins în noul „Cod” al insolvenței, în condițiile în care jurisprudența aferentă noii reglementări este practic inexistentă, respectiv foarte greu de identificat și de obținut într-un termen atât de scurt de la intrarea în vigoare a acestuia (iunie 2014).

Prin pronunțatul său caracter practic, lucrarea se prezintă ca un adevărat ghid pus la îndemâna creditorilor procedurilor de insolvență, prin nuanțarea tuturor mecanismelor procesuale puse la îndemâna acestora în vederea materializării, într-o măsură cât mai mare, a creanțelor.

Însăși deschiderea procedurii este o modalitate de recuperare a creanțelor, în condițiile în care această acțiune civilă poate juca rolul unui instrument de presiune împotriva debitorului rău-platnic. Cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulată de creditorii poate acționa ca o amenințare, ca un act premergător în vederea preluării a controlului.

Acțiunea în anularea actelor frauduloase, respectiv acțiunea în atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență sunt tratate în doctrină, de regulă, separat, ca instituții în sine. Autorul propune în prezenta lucrare o abordare diferită, prezentându-le ca modalități de recuperare a creanțelor. În fapt aceste acțiuni specifice proceduri insolvenței au drept scop primordial tocmai asigurarea recuperării creanțelor creditorilor într-un grad cât mai ridicat, fiind veritabile *class action*-uri din moment ce efectele admiterii unei astfel de acțiuni se produc asupra tuturor creditorilor.

Autorul evidențiază avantajele incontestabile pe care le are **procedura reorganizării** pentru creditorii (e.g. recuperarea creanțelor,

chiar dacă nu în totalitate, întrucât sumele recuperate vor fi, prin ipoteză, mai mari decât în cazul falimentului; continuarea relațiilor de *business as usual* între debitor și creditorii-parteneri contractuali uzuali ai debitoarei; posibilitatea preluării afacerii debitoare de către creditori ca modalitate de reorganizare), cu o privire specială asupra efectelor pe care le produce un plan de reorganizare confirmat și asupra reorganizării judiciare în modalități specifice dreptului societar, precum fuziunea și divizarea.

Prof. univ. dr. Gheorghe Piperea
Facultatea de Drept, Universitatea din București

Abrevieri

AGA	- Adunarea Generală a Acționarilor
alin.	- alineat(ul)
ANCPPI	- Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară
apud	- citat după
art.	- articol(ul)
B.C.A.	- Buletinul Curților de Apel
B.P.I.	- Buletinul Procedurilor de insolvență
Bull civ.	- Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles
c.	- contra
C.A.	- Curte(a) de Apel
C.civ.	- Codul civil (Legea nr. 287/2009)
C.civ. din 1864	- vechiul Cod civil (în prezent abrogat)
C.com. din 1887	- vechiul Cod comercial (în prezent abrogat)
C.F.	- revista „Curierul fiscal”
C.J.	- revista „Curierul Judiciar”
C.P.J.	- Culegere de practică judiciară
C.pen.	- Codul penal (Legea nr. 286/2009)
C.proc.civ. din 1865	- vechiul Cod de procedură civilă (în prezent abrogat)
C.proc.civ.	- Codul de procedură civilă (Legea nr. 134/2010)
CEDO	- Curtea Europeană a Drepturilor Omului
Codul insolvenței	- Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (M.Of. nr. 466 din 25 iunie 2014)

Com.	- Chambre commerciale
Convenția europeană coord.	- Convenția europeană a drepturilor omului
DCC	- coordonator(i)
Dreptul	- Decizia Curții Constituționale
e.g.	- revista „Dreptul”
Ed.	- <i>exempli gratia</i>
ed.	- editura
infra	- ediția
JCP	- dedesubt, mai jos
L.G.D.J.	- Juris Classeur Périodique
lit.	- Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence
M.Of.	- litera
nr.	- Monitorul Oficial al României, Partea I
O.G.	- numărul
O.U.G.	- ordonanța Guvernului
op. cit.	- ordonanța de urgență a Guvernului
p.	- opera citată
P.R.	- pagina
pct.	- revista „Pandectele Române”
R.D.B.F.	- punct
R.D.C.	- Revista Română de Drept Bancar și Financiar
R.R.D.J.	- Revista de Drept Comercial
Rev.proc.coll.	- Revista Română de Jurisprudență
RTD civ.	- Revue des procédures collectives
RTD com.	- Revue trimestrielle de droit civil
S.U.B.B.	- Revue trimestrielle de droit commercial
supra	- revista „Studia Universitatis Babeș-Bolyai”
Trib.	- deasupra, mai sus
urm.	- Tribunal(ul)
vol.	- următoarele
	- volumul

- Jurisprudența 1 - Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Vol. I. Deschiderea procedurii insolvenței, Participanții la procedura insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2011
- Jurisprudența 2 - Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Vol. II. Administrarea procedurii insolvenței Reorganizarea și falimentul, Ed. C.H. Beck, București, 2011
- Jurisprudența 3 - Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, Vol. III. Închiderea procedurii insolvenței și antrenarea răspunderii Insolvența transfrontalieră, Ed. C.H. Beck, București, 2011

Argument

Actuala și continua criză economică a scos în evidență, dacă mai era cazul, importanța procedurilor de insolvență în economia românească. Tema aleasă vizează modalitatea de recuperare a creanțelor prin mecanismele puse la îndemână de Legea nr. 85/2014. Procedura insolvenței nu a beneficiat, din câte cunoaștem, de o abordare complexă și exhaustivă care să trateze această materie din perspectiva creditorilor, care sunt de cele mai multe ori în imposibilitatea de a-și mai recupera creanțele sau, în cel mai bun caz, reușesc să recupereze doar o parte din acestea.

Începuturile procedurii concursuale de recuperare a creanțelor se regăsesc în dreptul roman primordial, anume în Legea celor XII Table care permitea creditorului, prin intermediul procedurii intitulate *manus injectio*, să se îndeostuleze fie prin a-l face pe debitor sclavul său, fie prin a-l omori. În ipoteza existenței mai multor creditori, aceștia aveau dreptul să împartă cadavrul debitorului¹. În contemporaneitate, din nefericire, cel mai adesea se ajunge în aceeași situație, creditorii preferând forțarea intrării în faliment a debitorului (omorârea sa), pentru ca la finalul lichidării să se găsească în situația de a nu-și fi recuperat deloc sau într-o proporție extrem de mică creanțele (satisfacția împărțirii cadavrului debitorului fiind astfel lipsită de relevanță economică).

Scopul procedurii insolvenței, reglementat de art. 2 din Codul insolvenței, este acela de a acoperi pasivul debitorului, adică recuperarea creanțelor de către creditori. În atari condiții, considerăm că tema lucrării prezintă un real interes, mediul juridic având nevoie de o abordare a materiei procedurii insolvenței exclusiv din

¹ E. Thaller, *Traite general theorique et pratique de droit commercial des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Ed. Arthur Pousseau, Editeur, Paris, 1907, p. 5.

perspectiva intereselor creditorilor care sunt în același timp *beneficiari și perdanți* ai procedurii.

Este necesar să punctăm faptul că ultimii 100 de ani par să nu fi determinat nicio schimbare în legătură cu percepția mediului juridic asupra procedurii insolvenței. Materia „*Dreptului falimentar*”, după cum era denumit dreptul insolvenței în doctrina interbelică, a fost, este și cu siguranță va fi marcată de „*vicisitudinile legislative, fie de legiferări neconținut pripite și numai parțiale*”¹. Realitățile juridice pe care le trăim, și ne referim aici la adoptarea noului Cod civil, a noului Cod de procedură civilă și a noii Legi nr. 85/2014, au adus modificări legislative masive atât în plan procesual, cât și în cel material.

Aceste modificări, care afectează inclusiv procedura insolvenței, sunt tratate în studiul pe care ni-l propunem, urmând a fi analizate noile instituții reglementate în noul Cod civil (fiducia, administrarea bunurilor altuia, inalienabilitatea și insesizabilitatea convențională, separația de patrimonii, noutățile aduse regimului juridic al garanțiilor etc.) care au incidență și în procedura insolvenței, în special în materia garanțiilor.

Pe tărâm procesual, noul Cod de procedură civilă aduce modificări de substanță care vor trebui implementate în procedura insolvenței. Astfel, găsim deplin justificat demersul nostru științific, bazat inclusiv pe nevoia de conciliere a normelor legii speciale (Legea nr. 85/2014) cu modificările legislative aduse prin noul Cod de procedură civilă.

Lucrarea este dezvoltată pe parcursul a șapte capitole, fiecare dintre ele având o importanță aparte și un rol clar definit în privința posibilității creditorilor de recuperare a creanțelor prin procedurile de insolvență, pornind de la cel ce tratează cererea de deschidere a procedurii insolvenței și sfârșind cu cel dedicat închiderii procedurii.

Primul capitol va trata cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulată de creditor, urmând a fi analizate condițiile în care aceasta poate fi formulată. Totodată, vom dedica o secțiune din acest capitol rolului de instrument de presiune asupra debitorului

¹ M. Pașcanu, *Dreptul falimentar român*, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 5.

pe care îl are cererea de deschidere a procedurii insolvenței și modalitatea prin care debitorul poate fi determinat să-și achite creanțele anterior deschiderii procedurii insolvenței. Vom analiza în cadrul acestei secțiuni limitele dreptului creditorului de a formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței, și anume exercitarea acestui drept dincolo de limitele sale firești, adică exercitarea lui în alt scop decât acela în vederea căruia este recunoscut de lege – *teoria abuzului de drept* reglementată în art. 15 C.civ., respectiv art. 12 C.proc.civ.

Nu în ultimul rând, cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței se poate constitui într-un veritabil obstacol în fața dorinței creditorilor de a-și recupera creanțele din cauza efectului suspensiv și apoi întreruptiv pe care îl produce deschiderea procedurii asupra acțiunilor judiciare, extrajudiciare, respectiv asupra procedurilor execuționale de drept comun, îndreptate împotriva patrimoniului debitorului. În aceste cazuri opoziția la deschiderea procedurii insolvenței reprezintă unicul remediu pus la îndemâna creditorilor în vederea evitării acelor situații în care deschiderea voluntară a procedurii insolvenței este rodul unui abuz de drept, comis de debitor, în încercarea de a se sustrage de la achitarea datoriilor.

Capitolul doi este rezervat garanțiilor creditorilor participanți la procedura insolvenței. Nevoia de garantare a obligațiilor a apărut ca o modalitate de protecție, ca un colac de salvare pus la îndemâna creditorilor pentru a se feri de riscul insolvabilității creditorului. Această nevoie s-a născut din nesiguranța resimțită de creditori, rezultată din riscul general de neplată și de concursul dintre creditorii chirografari ai debitorului. Bineînțeles că această protecție nu garantează succesul executării obligațiilor, dar, cu siguranță, mărește șansele recuperării creanțelor.

Art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței definește creanțele care beneficiază de o cauză de preferință drept acele creanțe care sunt însoțite de un privilegiu și/sau de un drept de ipotecă și/sau de drepturi asimilate ipotecii, potrivit art. 2347 C.civ., și/sau de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale cauzelor de preferință. În cazul în care debitorul este terț garant, creditorul care beneficiază de o cauză de

preferință va exercita drepturile corelative numai în ceea ce privește bunul sau dreptul respectiv. Astfel, în noțiunea intitulată „cauzele de preferință” sunt incluse, conform celor enunțate de art. 2327 C.civ., atât ipoteca și gajul, cât și privilegiile, la care bineînțeles se va adăuga dreptul de retenție.

O atenție deosebită este acordată noilor instituții din materia garanțiilor și impactul acestora în cadrul procedurilor de insolvență.

Capitolul trei va analiza modalitatea prin care își pot recupera creditorii creanțele prin planul de reorganizare. Sunt avute în vedere persoanele care sunt îndreptățite să propună un plan de reorganizare și condițiile în care debitorul, lichidatorul judiciar, respectiv creditorii pot propune planul de reorganizare.

Condițiile de legalitate pe care trebuie să le îndeplinească planul și modalitatea de votare a acestuia vor fi tratate *in extenso*. De asemenea, vor fi analizate în detaliu categoriile de creanțe care pot vota planul și modalitatea prin care sunt create acestea. O secțiunea din acest capitol va fi rezervată tratării efectelor pe care le produce sentința de confirmare a planului de reorganizare asupra creanțelor, prin raportare la modificările aduse prin Legea nr. 85/2014 în această materie, în sensul că modificarea creanțelor și a garanțiilor ca efect al confirmării planului este una reversibilă, în ipoteza în care planul eșuează și se deschide procedura falimentului.

Cel de-al patrulea capitol va fi destinat analizei modalității prin care creditorii își pot valorifica drepturile de creanță în cadrul procedurii falimentului. Odată ce s-a trecut la faliment, debitorul se găsește în „faza terminală” a procedurii insolvenței, toate operațiunile fiind axate pe lichidarea averii debitorului. Conducerea debitorului trece, dacă nu era deja, în sarcina lichidatorului, debitorul persoană juridică fiind dizolvat ca urmare a hotărârii de intrare în procedura falimentului.

Vor fi tratate cauzele intrării în procedura falimentului: eșuarea planului de reorganizare, respingerea planului de reorganizare de către adunarea creditorilor, respingerea de către judecătorul-sindic a cererii de confirmare a planului de reorganizare și intrarea direct în procedura simplificată.

Ca urmare a trecerii la faliment, în funcție de modalitatea în care s-a ajuns în această etapă a procedurii insolvenței, operează o

reconfigurare a masei credale. În cazul în care falimentul s-a dispus odată cu deschiderea procedurii insolvenței reconfigurarea creanțelor nu este necesară. După trecerea la faliment în procedura generală, adică după ce se va fi trecut prin perioada de observație și/sau cea de reorganizare, masa credală va suferi o reconfigurare, fie pentru că trebuie declarate și incluse în masa credală creanțele survenite între momentul deschiderii procedurii insolvenței și cel al intrării în faliment, fie pentru că operează o reîntoarcere la tabelul definitiv anterior votării planului, ca urmare a eșuării reorganizării judiciare.

Tratată într-o secțiune distinctă, lichidarea se va efectua de către lichidator, sub controlul judecătorului-sindic pentru aspectele de legalitate, respectiv sub controlul creditorilor în privința aspectelor de oportunitate. Sarcina lichidatorului este aceea de a maximiza averea debitorului cu scopul de a acoperi, într-o proporție cât mai ridicată, pasivul debitorului. În egală măsură maximizarea averii debitorului trebuie conciliată și cu celeritatea cu care procedura insolvenței în general și în special cea a falimentului trebuie să se deruleze.

Distribuirea sumelor rezultate din valorificarea activelor debitorului se face de către lichidator, prin întocmirea unui plan de distribuție, însoțit de un raport asupra fondurilor obținute din lichidare, acestea fiind prezentate în fața comitetului creditorilor.

Capitolul cinci tratează acțiunea în anulare a actelor frauduloase încheiate de debitori anterior deschiderii procedurii insolvenței. Această acțiune nu are ca rezultat direct satisfacerea creanțelor creditorilor, însă majorează în mod simțitor activele debitorului prin întoarcerea în patrimoniul debitorului a bunului/bunurilor ce au făcut obiectul actului declarat fraudulos. În cadrul acestui capitol va fi analizată natura juridică a acțiunii în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în perioada suspectă, urmând a fi subliniată natura sa juridică aparte, ce îmbină caracteristicile mai multor instituții, în special ale acțiunii în nulitate, fie ea relativă sau absolută, și ale acțiunii revocatorii (pauliene). Definirea exactă a naturii acțiunii în anulare specifice procedurii insolvenței prezintă un real interes, scopul fiind acela de a determina în concret competența organelor și participațiilor la procedura insolvenței și

XXXIV *Recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței*

caracteristicile acestei acțiuni, în funcție de care urmează să se desfășoare judecata. De asemenea, va fi analizat cadrul procesual al acțiunii în anulare specifice insolvenței, urmând a se acorda o atenție deosebită persoanelor, respectiv organelor care au calitate procesual-activă, persoanelor care au calitate procesual-pasivă și persoanelor care pot formula cerere de intervenție.

O secțiune separată va fi dedicată momentului introducerii acțiunii în anulare a actelor frauduloase. Pe scurt, aceasta poate fi formulată în timpul perioadei de observație, a reorganizării judiciare, cât și în timpul procedurilor de lichidare aferente falimentului. În privința condițiilor de exercitare a acțiunii în anulare a actelor frauduloase, textele art. 117 din Codul insolvenței reglementează două tipuri de acțiuni, clasificate în funcție de necesitatea demonstrării existenței unei fraude în dauna creditorilor.

Vor fi analizate și efectele admiterii acțiunii în anulare. Pe scurt, în situația admiterii acțiunilor reglementate de art. 117 din Codul insolvenței, terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial va trebui să restituie averii debitorului bunul transferat sau, dacă bunul nu mai există, va întoarce valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor, stabilită prin expertiză. Art. 120 din Codul insolvenței reglementează efectele pe care le generează admiterea acțiunii în anulare specifice acestei proceduri față de terții cocontractanți ai debitorului.

Capitolul șase va trata acțiunea în răspundere a persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență. Și această acțiune reprezintă un remediu ce este pus la îndemâna participanților la procedura insolvenței în vederea acoperirii unei eventuale insuficiențe a pasivului. Într-o primă secțiune va fi analizată natura juridică a acțiunii în atragerea răspunderii. Vom arăta că, lipsind raportul juridic contractual între managerii societății debitoare și creditorii acesteia, răspunderea civilă pentru apariția stării de insolvență este, prin esența sa, o formă de răspundere civilă delictuală. De asemenea, va fi analizat cadrul procesual al acțiunii în atragerea răspunderii, urmând a se acorda o atenție deosebită persoanelor, respectiv organelor care au calitate procesual-activă, persoanelor care au calitate procesual-pasivă și persoanelor care pot formula cerere de intervenție.

Într-o secțiune distinctă va fi analizat momentul de la care poate fi formulată cererea de atragere a răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență. Cererea de atragere a răspunderii patrimoniale împotriva persoanelor cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență poate fi formulată atât în timpul reorganizării judiciare, cât și în timpul procedurilor de lichidare aferente falimentului.

În privința condițiilor necesare atragerii răspunderii persoanelor ce au contribuit la apariția stării de insolvență, vor fi analizate situațiile premisă, exterioare răspunderii, care circumstanțiază activarea acesteia: a) existența și actualitatea stării de insolvență; b) constatarea insuficienței activului pentru plata întregului pasiv. Totodată, vor fi explicate în detaliu condițiile intrinseci ale răspunderii civile delictuale aferente acestei forme de răspundere: a) existența unei fapte ilicite; b) existența prejudiciului; c) existența raportului de cauzalitate și d) existența vinovăției.

O secțiune din cadrul acestui capitol va fi dedicată incidentelor procedurale în legătură cu cererea de atragere a răspunderii. Vor suporta o analiză detaliată calitatea procesuală activă și pasivă, prescripția dreptului la acțiune și inadmisibilitatea acțiunii.

Capitolul șapte este destinat fazei finale a insolvenței, anume închiderea procedurii. Punctul său final este marcat de sentința de închidere a procedurii care, odată pronunțată, va anihila toate efectele deschiderii procedurii, atât judecătorul-sindic, cât și administratorul judiciar sau lichidatorul dezinvestindu-se de întreaga procedură a insolvenței față de debitorul respectiv.

Închiderea procedurii insolvenței poate avea drept efect fie salvarea debitoarei și reintroducerea în circuitul economic a unui participant viabil și neîmpovărat de datorii, fie încetarea existenței debitorului ca efect al radierii sale, în ipoteza în care finalul procedurii nu este marcat de finalizarea cu succes a planului de reorganizare, respectiv procedura nu se încheie în perioada de observație potrivit prevederilor art. 178 din Codul insolvenței. Am ales să tratez în prezenta lucrare instituția închiderii procedurii insolvenței întrucât, astfel cum urmează să arăt, această etapă are efecte extinctive în privința creanțelor neacoperite la momentul finalizării

operațiunilor de lichidare, respectiv în ceea ce privește creanțele care au fost diminuate prin intermediul planului de reorganizare.

Realizarea lucrării a necesitat o documentare aprofundată a opiniilor doctrinare exprimate în materia procedurii insolvenței, precum și analiza legislației speciale și a celei generale, la care trebuie adăugată jurisprudența extrem de bogată în domeniu.

În acest context au fost studiate și analizate mai multe lucrări de specialitate – tratate, cursuri, monografii, articole de revistă – din țară și din străinătate. Plecând de la aceste lucrări, au fost evidențiate părerile exprimate de doctrinariii români și străini în scopul sprijinirii și argumentării propriilor opinii și concluzii exprimate asupra problemelor dezbătute.

În acest demers am recurs la mai multe metode de cercetare științifică, printre care amintim pe cea aplicativă la baza căreia stă examenul jurisprudențial, cea istorică, cea comparativă, metoda cronologică și, nu în ultimul rând, metoda teleologică.

Una dintre principalele metode de cercetare folosite în prezentul demers științific este cea aplicativă, în cadrul căreia am recurs la un examen jurisprudențial amănunțit, atât din perspectiva dreptului nostru, cât și din perspectiva dreptului francez, respectiv a celui anglo-saxon.

Această metodă a facilitat identificarea unor situații cât mai ancorate în practică. Efervescența jurisprudențială în materie a permis astfel identificarea unor ipoteze neabordate la nivel doctrinar, din care rezultă necesitatea unor modificări legislative, în vederea fluidizării derulării procedurii insolvenței.

Am apelat la metoda istorică în vederea identificării rațiunii și a contextului în care a apărut procedura insolvenței. Concluziile acestui demers sunt relevante în principal din perspectiva identificării naturii juridice a acțiunii în anularea actelor frauduloase (acțiunea pauliană vs. acțiune în anulare/constatarea nulității).

În același timp am apelat la metoda comparativă, prin scoaterea în evidență a evoluției procedurilor de insolvență în mai multe sisteme de drept. În primul rând am considerat că este necesară prezentarea regimului juridic al insolvenței din acele sisteme de drept cu care se aseamănă cel mai mult sistemul nostru (sistemul francez, cel belgian, cel italian și cel german). În egală măsură am

considerat că este binevenită apelarea la sistemul de drept anglo-saxon care se află într-un continuu proces de interacțiune cu sistemul de drept continental. Aici am regăsit nenumeroase asemănări în materia atragerii răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, un ajutor consistent fiind oferit în privința definirii administratorului de fapt (*shadow director*).

Legislația românească este prezentată de o manieră cronologică pentru a putea urmări evoluția în timp a reglementării. În egală măsură am prezentat grupat, în acele cazuri în care există o concepție comună, domeniile în care se regăsesc rațiuni și noțiuni similare. Perspectiva teleologică este folosită atât în prezentarea legislației românești speciale, cât și în încercarea de identificare a unor reguli comun aplicabile.

Contribuția proprie în documentarea, elaborarea și fundamentarea punctelor de vedere exprimate se materializează în sistematizarea unui volum mare de informații incidente domeniului tratat, precum și în modul de abordare și analizare a problemelor, prin sesizarea, atunci când este cazul, a unor neconcordanțe legislative. Totodată, vor fi puse în evidență aspectele de practică judiciară, la toate acestea adăugându-se propunerile *de lege ferenda* formulate în vederea îmbunătățirii cadrului legislativ destinat procedurilor de insolvență.

Acest demers își propune să trateze de o manieră exhaustivă drepturile și mecanismele puse la îndemâna creditorilor de procedura insolvenței, în vederea recuperării cât mai eficiente a creanțelor.

Autorul

Septembrie 2015

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I

Cererea de deschidere a procedurii insolvenței

Secțiunea 1. Deschiderea procedurii insolvenței la cererea debitorului

Procedura insolvenței, prin efectele sale, aduce atât avantaje, cât și dezavantaje persoanei care i se supune. În lipsa unor soluții viabile, de restructurare a întreprinderii prin mijloacele de asigurare contra riscului de insolvență¹, debitorii onești vor alege să se supună acestei proceduri, cu dorința de a-și salva afacerea prin propunerea unui plan de reorganizare prin intermediul căruia să-și poată achita datoriile, în proporțiile acceptate de creditorii. Întrucât debitorul este cel mai în măsură să cunoască starea patrimoniului său, el trebuie să aibă cel mai important rol în declanșarea procedurii².

În fapt, atât *scopul procedurii insolvenței* – instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia (art. 2 din Codul insolvenței), cât și *principiile sale* – acordarea unei șanse debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară (art. 4 pct. 2 din Codul insolvenței) – converg către această idee, anume de a acorda debitorilor a căror insolvență este scuzabilă (într-un cuvânt debitorilor onești) șansa de a se reorganiza și implicit posibilitatea salvării afacerii³.

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 101.

² St.D. Cărpenaru, Cererea introductivă a debitorului, în P.R. supliment 2007, p. 488.

³ A. Dimitriu, Cererea de deschidere a procedurii insolvenței în Noul Cod al insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2014.

Debitorii care urmăresc fraudarea intereselor creditorilor vor solicita deschiderea procedurii insolvenței pentru a se pune sub protecția tribunalului și pentru a beneficia de efectele favorabile ale procedurii insolvenței (suspendarea executărilor silite; oprirea curgerii dobânzilor și a penalităților de întârziere etc.) în încercarea de a-și redirecționa activitatea către alte societăți controlate, cel mai adesea, de același grup de interese. Efectul în acest caz este golirea de conținut a patrimoniului societății debitoare și, implicit, imposibilitatea creditorilor de a-și satisface creanțele. Bineînțeles că membrii organelor de conducere ale acestor debitori vor suporta rigorile art. 169 și urm. din Codul insolvenței ce reglementează acțiunea în atragerea răspunderii persoanelor care se fac vinovate de apariția stării de insolvență. În vederea reîntregirii patrimoniului, participanții la procedura insolvenței vor avea posibilitatea să facă uz și de prevederile art. 117 și urm. din Codul insolvenței, care permit anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în perioada suspectă.

§1. Condițiile deschiderii voluntare a procedurii insolvenței

Cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței va putea fi formulată în ambele ipoteze reglementate de art. 5 pct. 29 din Codul insolvenței: (i) când debitorul, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor – insolvența instalată; (ii) când insolvența este iminentă.

1.1. Insolvența instalată

În această ipoteză, a existenței unei stări de insolvență instalată, conform prevederilor art. 66 alin. (1) și alin. (3) teza a II-a din Codul insolvenței, debitorul trebuie să introducă cererea de deschidere a procedurii insolvenței în termen de 30 de zile de la apariția stării de insolvență. Nerespectarea acestui termen de 30 de zile de la apariția stării de insolvență se poate constitui într-un risc pentru administratorii societății, față de care, în condițiile limitativ prevă-

zute de lege [art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței], se poate solicita atragerea răspunderii.

Prevederile art. 66 alin. (2) și alin. (3) teza I din Codul insolvenței reglementează o excepție de la această obligație, anume în ipoteza în care la data expirării termenului prevăzut la alin. (1) debitorul este angrenat, cu bună-credință, în negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor sale. Debitorul va avea obligația însă de a adresa tribunalului o cerere voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, în termen de 5 zile de la eșuarea negocierilor.

Insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile, ea fiind prezumată atunci când debitorul, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor.

Spre deosebire de reglementarea anterioară (Legca nr. 85/2006), *de lege lata* a fost introdusă, inclusiv pentru cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, condiția dovedirii existenței unei creanțe ce depășește valoarea-prag (art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței). În accepțiunea acestui text de lege, **valoarea-prag** reprezintă un quantum minim al creanței, de 40.000 lei, pentru a putea fi introdusă cererea de deschidere a procedurii de insolvență.

Această noutate legislativă este, din punctul nostru de vedere, lipsită de utilitate practică deoarece, în ipoteza în care un debitor care dorește formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței nu îndeplinește condiția valorii-prag, necesară solicitării deschiderii procedurii insolvenței, va formula cererea întemeindu-se pe prevederile art. 5 pct. 29 lit. b) din Codul insolvenței, susținând că se află într-o stare de insolvență iminentă.

Celelalte condiții pe care debitorul trebuie să le îndeplinească la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței sunt similare cu cele impuse creditorilor. Există totuși o condiție suplimentară ce nu era impusă în reglementarea anterioară (Legca nr. 85/2006), respectiv aceea a necesității atașării la cererea adresată tribunalului a **dovezii notificării organului fiscal competent cu privire la intenția de deschidere a procedurii insolvenței** [art. 66 alin. (1) teza a II-a și art. 67 alin. (1) lit. n) din Codul insolvenței]. Această nouă condiție pe care trebuie să o îndeplinească

debitorul în vederea deschiderii procedurii insolvenței prezintă serioase aspecte de neconstituționalitate (art. 16 din Legea fundamentală care consacră principiul egalității și al nediscriminării). Este de neînțeles rațiunea pentru care legiuitorul a considerat că se impune introducerea unei condiții în ceea ce privește cererea de deschidere voluntară a procedurii în sensul atenționării unui posibil creditor (cel bugetar) cu privire la iminența deschiderii procedurii insolvenței, plasându-l astfel într-o poziție privilegiată, fără absolut nicio justificare, din moment ce creanțele bugetare se constituie în a treia categorie de creanțe ca importanță, în vederea votării planului de reorganizare [art. 138 alin. (3) din Codul insolvenței]. Totodată, în conformitate cu dispozițiile art. 161 din Codul insolvenței, în situația distribuirilor de sume în caz de faliment, creanțele bugetare au a cincea ordine de prioritate.

Trebuie sus că în Codul insolvenței nu este reglementată nicio sancțiune pentru nerespectarea acestei condiții. În această ipoteză va fi necesară apelarea la regulile generale de procedură, anume la regimul juridic al nulității actelor de procedură (art. 174-179 C.proc.civ.). Conform art. 174 C.proc.civ., nulitatea este sancțiunea care lipsește total sau parțial de efecte actul de procedură efectuat cu nerespectarea cerințelor legale, de fond sau de formă. În cazul de față vorbim despre nerespectarea unei condiții legale, de fond, respectiv cea impusă de art. 67 alin. (1) lit. n) din Codul insolvenței – *anexarea dovezii notificării organului fiscal competent cu privire la intenția de deschidere a procedurii insolvenței*.

Întrucât această condiție este una extrinsecă (exterioară) actului de procedură – anume a cererii de deschidere a procedurii insolvenței – vor fi aplicabile prevederile art. 176 pct. 6 C.proc.civ. care sancționează cu **nulitatea necondiționată de existența unei vătămări** actul de procedură încheiat cu nerespectarea unei condiții extrinseci acestuia.

Prin urmare, judecătorul investit cu soluționarea unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, observând lipsa notificării impuse de art. 67 alin. (1) lit. n) din Codul insolvenței, nu va putea trece la judecarea ei, ci, observând nerespectarea acestei condiții extrinseci actului de procedură, va anula cererea.

1.2. Insolvența iminentă

Starea de insolvență iminentă vizează acea situație în care se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței.

Întrucât în ipoteza insolvenței iminente nu se pune problema existenței unei creanțe, considerăm că valoarea-prag impusă de prevederile art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței, sub forma unei condiții de admisibilitate, nu își va găsi incidența.

În cazul insolvenței iminente, cel care trebuie să facă dovada insolvenței este debitorul, simpla recunoaștere a acestuia neavând deplina valoare probatorie a stării de insolvență, fiind necesară prezentarea unor probe concludente cu privire la acest aspect¹. Față de specificul necontencios al procedurii de judecată a cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, proba insolvenței iminente va putea fi făcută doar cu înscrisuri ce nu necesită o analiză și o interpretare aprofundate. *Exempli gratia*, se poate pune problema unei insolvențe iminente în ipoteza în care debitorul trebuie să achite în viitorul apropiat o creanță consistentă pe care nu o va putea onora, sau când se previzionează că încasările vor suferi o diminuare consistentă ce va perturba în mod serios capacitatea acestuia de a-și continua activitatea.

1.3. Condiții generale pe care trebuie să le îndeplinească cererea de deschidere voluntară a procedurii insolvenței

În privința persoanei care trebuie să semneze, în numele debitorului, cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, art. 66 alin. (5) din Codul insolvenței stabilește că pentru persoanele juridice vor semna persoanele care, potrivit actelor constitutive sau statutelor, au calitatea de a le reprezenta, fără a fi necesară o hotărâre a asociațiilor/acționarilor. Reglementarea expresă a acestui aspect aduce o clarificare de bun augur, fiind în măsură să elimine practica neunitară de la nivelul instanțelor de judecată cu privire la necesitatea depunerii, odată cu cererea

¹ Idem, p. 282.

voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, a unei hotărâri AGA a debitorului prin care asociații/acționarii să-și dea acordul cu privire la deschiderea procedurii.

Va fi necesară totuși adoptarea unei hotărâri AGA a debitorului în cazul în care se solicită aplicarea procedurii simplificate, hotărâre ce va fi anexată cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței.

Art. 67 alin. (1) lit. a)-n) din Codul insolvenței impune o serie de condiții suplimentare constând în necesitatea **depunerii unor documente** odată cu cererea de deschidere a procedurii insolvenței:

a) ultima situație financiară anuală, certificată de către administrator și cenzor/auditor, bilanța de verificare pentru luna precedentă datei înregistrării cererii de deschidere a procedurii;

b) lista completă a tuturor bunurilor debitorului, incluzând toate conturile și băncile prin care debitorul își rulează fondurile; pentru bunurile grevate se vor menționa datele din registrele de publicitate;

c) lista numelor și a adreselor creditorilor, oricum ar fi creanțele acestora: certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, arătându-se suma, cauza și drepturile de preferință;

d) lista cuprinzând plățile și transferurile patrimoniale efectuate de debitor în cele 6 luni anterioare înregistrării cererii introductive;

e) contul de profit și pierdere pe anul anterior depunerii cererii;

f) lista membrilor grupului de interes economic sau, după caz, a asociațiilor cu răspundere nelimitată, pentru societățile în nume colectiv și cele în comandită;

g) o declarație prin care debitorul își arată intenția de intrare în procedură simplificată sau de reorganizare, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale;

h) o descriere sumară a modalităților pe care le are în vedere pentru reorganizarea activității;

i) o declarație pe propria răspundere, autenticată la notar ori certificată de un avocat, sau un certificat de la registrul societăților agricole ori, după caz, oficiul registrului comerțului sau alte registre în a cărui rază teritorială se află sediul profesional/sediul social, din care să rezulte dacă a mai fost supus procedurii de

reorganizare judiciară prevăzute de prezenta lege într-un interval de 5 ani anterior formulării cererii introductive;

j) o declarație pe propria răspundere, autenticată de notar ori certificată de avocat, din care să rezulte că el sau administratorii, directorii și/sau acționarii/asociații/asociații comanditari care dețin controlul debitorului nu au fost condamnați definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 656/2002, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 241/2005, cu modificările ulterioare, și infracțiunile prevăzute de prezenta lege în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii;

k) un certificat de admitere la tranzacționare pe o piață reglementată a valorilor mobiliare sau a altor instrumente financiare emise;

l) o declarație prin care debitorul arată dacă este membru al unui grup de societăți, cu precizarea acestora;

m) dovada codului unic de înregistrare;

n) dovada notificării organului fiscal competent.

Totodată, *în plus față de documentele anterior enumerate*, debitorii care își manifestă dorința de a intra în procedura de reorganizare judiciară vor putea depune **lista cu creditorii indispensabili**. Conform art. 134 din Codul insolvenței, în vederea votării planului de reorganizare se poate constitui categoria creditorilor indispensabili, astfel cum este aceasta definită la art. 5 pct. 23 din Codul insolvenței.

Nedepunerea acestei liste împreună cu celelalte documente prevăzute la art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței conduce la decăderea debitorului din dreptul de a propune, în vederea votării planului de reorganizare, categoria creditorilor indispensabili.

Art. 67 alin. (2) din Codul insolvenței stabilește că actele enumerate la alin. (1) se depun odată cu cererea de deschidere a

procedurii sau, cel mai târziu, până la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic. Nedepunerea documentelor prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. a)-g), k), l), m) atrage **respingerea cererii de deschidere a procedurii** [cu excepția cazurilor prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d) din Codul insolvenței, precum și a cazului în care cererea de deschidere a procedurii este formulată de lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990]. În schimb, nedepunerea documentelor prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. h), i) și j) este sancționată cu **decăderea din dreptul de a depune un plan de reorganizare**.

§2. Procedura de judecată

2.1. Judecata cererii

Cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței se va judeca de urgență, în termen de 10 zile, în camera de consiliu, fără citarea părților. Potrivit art. 41 alin. (4) teza finală și art. 66 alin. (10) din Codul insolvenței, prin excepție de la prevederile art. 200 C.proc.civ., judecătorul-sindic va stabili termenul de judecată în camera de consiliu, în termen de 10 zile de la depunere, chiar dacă cererea nu îndeplinește toate cerințele legale și nu sunt depuse toate documentele.

Fiind vorba despre o procedură necontencioasă, astfel cum o impun prevederile art. 66 alin. (6) din Codul insolvenței, se vor aplica în mod corespunzător prevederile art. 527-540 C.proc.civ.

2.2. Posibilitatea suspendării executărilor silite după depunerea cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței

Cu titlu de noutate, Codul insolvenței reglementează două noi instituții prin intermediul cărora atât creditorii titulari ai unor cereri de deschidere a procedurii insolvenței, cât și debitorul pot solicita instituirea unor măsuri provizorii de conservare a patrimoniului debitorului. Această posibilitate este extrem de benefică deoarece,

pe de o parte, are menirea de a preveni ulterior, în cadrul procedurii insolvenței, formularea unor acțiuni în anularea actelor frauduloase și, *pe de altă parte*, îi acordă debitorului șansa de a-și putea reorganiza activitatea prin propunerea unui plan de reorganizare, prin suspendarea, anterior deschiderii procedurii insolvenței, a executărilor silit demarate de creditori împotriva activelor importante.

Măsurile asigurătorii puse la îndemâna creditorilor vor fi tratate în cadrul capitolului destinat cererii creditorilor de deschidere a procedurii insolvenței¹.

În beneficiul debitorului, conform art. 66 alin. (11) din Codul insolvenței, după depunerea cererii de deschidere a procedurii, în cazuri urgente, care ar pune în pericol activele sale, judecătorul-sindic poate dispune de urgență, în camera de consiliu și fără citarea părților, suspendarea provizorie a oricăror proceduri de executare silită a bunurilor debitorului până la pronunțarea hotărârii cu privire la respectiva cerere.

Prevederile legale anterior citate instituie, la o primă vedere, **trei condiții de admisibilitate** a cererii de suspendare a executării silit:

(i) **Depunerea unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței.** Această condiție este una lesne de înțeles și în acord cu regimul juridic general din materia suspendării vremelnice a executării silit, fiind necesară marcarea momentului temporal până la care o astfel de măsură ar urma să-și producă efectele;

(ii) **Urgența** este o altă condiție pe care trebuie să o îndeplinească cererea formulată în condițiile art. 66 alin. (11) din Codul insolvenței. Această condiție de admisibilitate va putea fi probată în mod similar cu ipotezele reglementate la art. 719 alin. (7) C.proc.civ. ce reglementează procedura de suspendare provizorie în materia contestației la executare.

(iii) **Punerea în pericol a unor active ale debitorului.** Prevederile art. 66 alin. (11) din Codul insolvenței limitează sfera actelor de executare ce pot fi suspendate prin această procedură, stabilind în mod univoc faptul că suspendarea poate viza exclusiv executările silit îndreptate împotriva activelor debitorilor. Prin urmare,

¹ A se vedea *infra*, p. 22 și urm.

nu vor putea face obiectul prezentei proceduri de suspendare executărilor silite prin poprire, ce nu au ca finalitate executarea unor active ale debitorului, ci a unor sume de bani.

În ceea ce privește **procedura de judecată**, aceasta se va desfășura în camera de consiliu, fără citarea părților, cererea de suspendare urmând a fi soluționată de către judecătorul-sindic căruia i-a fost repartizată cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței.

În ceea ce privește **cauțiunea** pe care în mod obișnuit titularul cererii de suspendare ar trebui să o achite, art. 66 alin. (11) din Codul insolvenței nu face nicio precizare. În aceste condiții, considerăm ca debitorul nu va trebui să achite o cauțiune. În acest sens sunt și prevederile art. 1057 C.proc.civ., care folosesc expresia „*când legea prevede darea unei cauțiuni*”. În condițiile în care Codul insolvenței nu prevede această condiție în vederea suspendării executărilor silite după depunerea cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, dreptul comun în materie de cauțiune nu va fi incident¹.

§3. Opoziția creditorilor la cererea de deschidere voluntară a procedurii insolvenței

3.1. Natura juridică a opoziției

Opoziția este o cale de atac pusă la îndemâna creditorilor nemulțumiți de efectele produse prin deschiderea procedurii insolvenței voluntare. Această cale de atac excede sferei de reglementare a Codului de procedură civilă care nu conține prevederi în legătură cu acest mijloc procedural. Opoziția este întâlnită și în alte domenii, cum ar fi dreptul societar, Legea nr. 31/1990 reglementând această cale de atac în materia modificării actului constitutiv (art. 62 din Legea nr. 31/1990 reglementează dreptul creditorilor sociali și a oricăror alte persoane prejudiciate prin hotărârile

¹ A. Rățoi, în *Colectiv*, Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2012 (www.legalis.ro).

asociațiilor privitoare la modificarea actului constitutiv de a formula o cerere de opoziție prin care să solicite instanței judecătorești să oblige, după caz, societatea sau asociații la repararea prejudiciului cauzat), dar și în materia garanțiilor reale, Codul civil reglementând în art. 2452 posibilitatea celor interesați de a formula opoziție la executarea bunurilor mobile supuse ipotecii, în termen de 15 zile de la comunicarea notificării sau, după caz, de la înscrierea avizului de executare în arhivă.

În dreptul italian opoziția este calea de atac pusă la îndemâna tuturor persoanelor nemulțumite de deschiderea falimentului, la aceasta putând apela inclusiv debitorul, fiind practic singura cale de atac împotriva deschiderii procedurii insolvenței¹. Spre deosebire de această abordare, legiuitorul român, luând exemplul din dreptul francez², a calificat opoziția drept o cale de atac specială, derogatorie de la dreptul comun, deoarece permite unor terțe persoane, care nu au luat parte în procedurile judiciare ce au avut drept finalitate pronunțarea unei hotărâri judecătorești, să o atace. Dreptul comun (Codul de procedură civilă), prin căile sale de atac ordinare (apelul) sau extraordinare (recurs, contestație în anulare, revizuire), nu atribuie calitate procesuală activă pentru exercitarea căilor de atac decât acelor persoane care au figurat ca părți la judecata în ciclul procesual anterior.

3.2. Inadmisibilitatea apelului formulat de creditorii împotriva încheierii de deschidere voluntară a procedurii insolvenței

Art. 43 alin. (1) și art. 46 din Codul insolvenței statuează că împotriva hotărârilor judecătorului-sindic se poate exercita *apelul*, drept cale de atac ordinară pusă la îndemâna persoanelor nemulțumite de hotărârile judecătorului-sindic.

¹ V.L. Cuneo, *Le procedure concursuali*, ed. a 3-a, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 300-302.

² J.-L. Vallens, *Un créancier peut contester l'ouverture d'une procédure de sauvegarde par la tierce opposition*, în RTD com. nr. 2/2011, p. 420-422.

În ceea ce-i privește pe creditori, legiuitorul a înțeles însă să deroge de la norma precitată prin reglementarea unei alte căi de atac speciale, creditorii având posibilitatea să apeleze exclusiv la opoziție în vederea atacării încheierii de deschidere a procedurii insolvenței la cererea debitorului. Aceasta se pare este rațiunea pentru care s-a considerat că opoziția nu reprezintă o cale de atac în sensul procedurii insolvenței, ci un mijloc de apărare împotriva efectelor produse de deschiderea procedurii insolvenței, pus la îndemâna creditorilor¹. Nu putem fi în asentimentul acestei opinii, deoarece mijloacele de apărare reprezintă acele acte de procedură (întâmpinare, concluzii scrise, note scrise) sau acea susținere orală prin intermediul căreia una dintre părți combate susținerile părții adverse. În acest sens, art. 205 C.proc.civ. definește întâmpinarea ca fiind acel act de procedură prin care pârâtul se apără în fapt și în drept față de cererea de chemare în judecată. În egală măsură, anterior noului Cod de procedură civilă, întâmpinarea era definită drept „actul de procedură prin care pârâtul răspunde la cererea de chemare în judecată, urmărind să se apere față de pretențiile reclamantului”². Opoziția nu poate fi asimilată cu întâmpinarea, deoarece nu se judecă în cadrul aceluiași proces cu cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, din punct de vedere cronologic acest act de procedură putând fi formulat abia ulterior pronunțării instanței asupra cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de debitor. Concluzionând, considerăm că din moment ce opoziția nu este soluționată deodată cu cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, neavând menirea să răspundă la solicitările reclamantului (care în această situație este debitorul), ci este îndreptată împotriva unei hotărâri judecătorești – încheierea de deschidere a procedurii insolvenței formulate de debitor – este exclus a fi considerată drept mijloc de apărare pus la îndemâna creditorilor, având în mod evident caracteristicile unei căi de atac.

¹ I. Adam, C.N. Sayu, *Legea insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 301.

² G. Boroș, *Codul de procedură civilă. Comentat și adnotat*, vol. I, Ed. All Beck, București, 2001, p. 330.

Inadmisibilitatea formulării căii de atac a apelului de către creditorii împotriva hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței la cererea voluntară a debitorului este reliefată de prevederile art. 71 alin. (2) din Codul insolvenței, care, în calitate de normă specială, derogă de la regulile generale ale art. 46 din Codul insolvenței. Pornind de la prevederile art. 7 și art. 457 C.proc.civ. care consacră principiul legalității căii de atac, hotărârea judecătorească este supusă numai căilor de atac prevăzute de lege. Din moment ce în situația supusă discuției Codul insolvenței a reglementat o cale de atac diferită – anume opoziția, orice altă cale de atac exercitată împotriva hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței la cererea voluntară a debitorului va fi respinsă ca inadmisibilă.

Inadmisibilitatea exercitării apelului îi vizează **exclusiv pe creditorii**. Persoanele interesate ce nu au calitatea de creditor vor putea ataca cu apel hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței, în condițiile art. 534 alin. (4) C.proc.civ.

3.3. Judecarea opoziției

Opoziția la hotărârea de deschidere voluntară a procedurii insolvenței se va judeca conform prevederilor referitoare la **procedura contencioasă**, deoarece instanța de judecată este investită cu judecarea unor drepturi în condiții de contradictorialitate. Aceasta este principala diferență față de modul în care se judecă cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței care este o procedură necontencioasă, în cadrul căreia nu se stabilesc drepturi contradictorii, ci instanța trebuie doar să verifice dacă debitorul îndeplinește condițiile legale pentru a se deschide împotriva sa procedura insolvenței.

Art. 71 alin. (2) din Codul insolvenței fixează un termen de 10 zile în care poate fi formulată opoziția. Acest termen curge de la momentul primirii de către creditor a notificării privind deschiderea procedurii insolvenței, în condițiile art. 100 din Codul insolvenței. Acest termen este unul de decădere¹, a cărui nerespectare

¹ I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 296.

este sancționată, conform prevederilor art. 185 C.proc.civ., cu nulitatea opoziției.

Opoziția se va judeca cu citarea părților, termenul fixat de art. 71 alin. (2) din Codul insolvenței pentru judecarea cererii fiind de 5 zile de la depunerea ultimei opoziții. Întrucât textul legal impune judecata opoziției cu citarea părților, considerăm că judecătorul-sindic va trebui să fixeze un termen util pentru judecarea acestora, ce va putea chiar să depășească termenul de 5 zile impus de textul legal¹, pentru a se îndeplini în mod corespunzător procedura de citare. În plus, întrucât în privința opoziției prevederile Codului insolvenței nu au instituit o derogare de la parcurgerea procedurii de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată, considerăm că judecătorul-sindic va fi dator să parcurgă inclusiv această etapă, cu respectarea prevederilor speciale impuse de art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței.

Citarea părților se va face prin Buletinul procedurilor de insolvență, în acord cu prevederile art. 42 din Codul insolvenței. Judecătorul-sindic va cita părțile indicate de art. 71 alin. (2) din Codul insolvenței, anume administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, prin Buletinul procedurilor de insolvență, comunicând prin modalitatea expusă de art. 42 din Codul insolvenței și opozițiile creditorilor. Nu pot formula opoziție creditorii care nu au fost notificați cu privire la deschiderea procedurii. Chiar dacă acești creditori sunt repuși în termenul de a formula declarație de creanță, potrivit prevederilor art. 42 alin. (3) teza a II-a din Codul insolvenței, întrucât același text de lege le impune acestora preluarea procedurii în stadiul în care se află.

¹ S-a apreciat, pe bună dreptate, că termenul de 10 zile (reglementat de vechea Lege nr. 85/2006) este unul de recomandare, dat fiind faptul că textul de lege nu conține nicio sancțiune pentru nerespectarea sa, în *I. Adam, C.N. Savu*, op. cit., p. 296.

3.4. Soluțiile pronunțate în cadrul opoziției

3.4.1. Revocarea încheierii

Revocarea încheierii de deschidere a procedurii insolvenței se poate dispune în acele situații în care, în urma administrării probatoriului propus de creditorul opozant, se dovedește că cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței nu îndeplinea condițiile de admisibilitate impuse de lege. Întrucât deschiderea procedurii la cererea voluntară a debitorului se face în cadrul unei proceduri necontencioase, această hotărâre nu va beneficia de autoritate de lucru judecat (art. 535 C.proc.civ.) în cadrul procesului, contencios de această dată, ce are drept obiect opoziția creditorilor.

Din punctul de vedere al probațiunii, creditorii nu au o sarcină ușoară în a dovedi netemeinicia cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, întrucât *de lege lata*, spre deosebire de vechea reglementare – Legea nr. 85/2006, debitorul trebuie să demonstreze, în acord cu art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței, fie că are datorii peste valoarea-prag (40.000 lei), fie să probeze caracterul iminent al insolvenței. Existența acestei datorii sau iminența insolvenței fiind dovedită ca urmare a deschiderii procedurii insolvenței, creditorul va trebui să răstoarne prezumția de insolvență care, în mod evident, își produce efectele, aspect destul de dificil de realizat, dacă nu chiar imposibil, din moment ce creditorii nu au acces la actele contabile ale debitorului, cu ajutorul cărora, de regulă, este posibilă răsturnarea prezumției de insolvență.

Conform prevederilor art. 66 alin. (9) din Codul insolvenței, introducerea prematură, cu rea-credință, de către debitor a unei cereri de deschidere a procedurii atrage răspunderea patrimonială a debitorului persoană fizică sau juridică pentru prejudiciile pricinuite. Calificarea deschiderii procedurii insolvenței drept prematură și de rea-credință se poate realiza fie odată cu soluționarea opoziției (în situația în care aceasta este admisă), fie ulterior, printr-un proces distinct, ce are ca obiect acordarea de despăgubiri creditorilor pentru prejudiciile cauzate prin solicitarea deschiderii procedurii insolvenței în mod prematur și cu rea-credință. Întrucât textul de lege mai sus indicat face vorbire despre introducerea unei

cereri voluntare, rezultă că un creditor va avea posibilitatea formulării unei cereri în despăgubiri inclusiv în ipoteza în care cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței a fost respinsă, bineînțeles cu respectarea prevederilor legale.

În vederea acordării unor despăgubiri întemeiate pe prevederile art. 66 alin. (9) din Codul insolvenței, este necesară probarea în mod cumulativ a celor două condiții reglementate de acest text de lege, anume caracterul prematur al cererii voluntare și reaua-credință în inițierea acestui demers judiciar.

Buna-credință (art. 14 C.civ.) sau *bona fides*, ca stare psihologică a unui subiect de drept individual, se manifestă pe plan juridic sub forma intenției drepte, a diligenței, a liceității și a abținerii de la producerea vreunui prejudiciu în executarea obligațiilor, în general, și a contractelor, în special¹. Așadar, buna-credință îmbracă și forma unei erori scuzabile, adică a convingerii eronate și neculpabile a unei persoane că are un drept și că acționează potrivit legii.

Formularea unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței de către debitor este un drept conferit de lege. Din această împrejurare rezultă că creditorul care a suferit prejudicii trebuie să probeze că debitorul a săvârșit un abuz de drept prin formularea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, în condițiile art. 15 C.civ. Adiacent probării abuzului de drept, creditorul va trebui să probeze cuantumul prejudiciilor suferite, a căror acoperire o solicită.

3.4.2. Respingerea opoziției

Respingerea opoziției are drept efect confirmarea, inclusiv în cadrul unei proceduri contencioase, a stării de insolvență în care se află debitorul. Creditorii opozanți vor putea fi obligați la cheltuieli de judecată în condițiile art. 451 și urm. C.proc.civ.

¹ P. Perju, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), Noul Cod civil. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 14.

3.5. Apelul împotriva sentinței pronunțate asupra opoziției

Conform celor arătate mai sus¹, apelul declarat de creditori, direct împotriva încheierii de deschidere a procedurii insolvenței, fără a fi urmată inițial calea opoziției, este inadmisibil, aceasta întrucât art. 71 alin. (2) din Codul insolvenței conține prevederi derogatorii de la art. 46 din același act normativ.

În privința sentinței pronunțate asupra opoziției, sunt aplicabile dispozițiile art. 46 din Codul insolvenței care statuează că împotriva hotărârilor judecătorului-sindic se poate exercita calea de atac a apelului. Dispozitivul sentinței pronunțate de judecătorul-sindic asupra opoziției va putea fi atacat fie de către debitor, în ipoteza în care opoziția este admisă, fie de către creditor, în ipoteza în care opoziția este respinsă.

În situația în care opoziția creditorilor este admisă (în sensul că judecătorul-sindic revocă încheierea de deschidere a procedurii insolvenței), iar apelul declarat de debitor împotriva acestei hotărâri este admis, instanța de control judiciar va pronunța o hotărâre de modificare a sentinței pronunțate asupra opoziției în sensul respingerii ei. Art. 43 alin. (7) din Codul insolvenței stabilește că instanța de apel investită cu soluționarea apelului declarat împotriva hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, admitând apelul, va anula hotărârea și va trimite cauza judecătorului-sindic pentru deschiderea procedurii insolvenței. Această reglementare nu este incidentă și în ipoteza supusă discuției, deoarece în acest caz instanța de apel nu se pronunță direct asupra deschiderii procedurii insolvenței, ci modifică hotărârea instanței de fond asupra opoziției, menținând astfel efectele încheierii pronunțate de judecătorul-sindic prin care s-a deschis procedura insolvenței la cererea debitorului.

¹ A se vedea *supra*, 3.2. Inadmisibilitatea apelului formulat de creditori împotriva încheierii de deschidere voluntară a procedurii insolvenței, p. 11 și urm.

§4. Cererea de intervenție în cadrul cererii de deschidere a procedurii insolvenței

Art. 61 C.proc.civ., reluând prevederile din art. 49 C.proc.civ. din 1865, reglementează posibilitatea pe care o are orice persoană interesată de a interveni într-un proces ce se judecă între alte persoane. Intervenția este admisibilă, bincînțele dacă este întrunită condiția interesului, în toate materiile care nu conțin prevederi derogatorii sau care nu au o natură incompatibilă cu cererea de intervenție.

Intervenția, din însăși denumirea ei, reprezintă acea formă de participare a terțelor persoane la judecată ce constă în introducerea unui terț, din propria sa inițiativă, într-un proces aflat în curs de judecată¹. Instituția intervenției voluntare este definită² drept acea cerere, formulată de un terț, prin care se tinde la intrarea într-un proces pornit de alte părți, pentru a-și apăra un drept propriu sau pentru a apăra dreptul unei părți din acel proces. Pornind de la această definiție, în prezentul capitol ne propunem să analizăm dacă din punct de vedere al condițiilor legale de admisibilitate, creditorii au posibilitatea de a formula, în cadrul unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței *pendinte*, o cerere de intervenție principală, respectiv accesorie.

Prevederile art. 61 C.proc.civ. referitoare la instituția intervenției stabilesc că dreptul pretins de intervenient nu trebuie să fie identic cu dreptul dedus judecății prin cererea principală, ci poate fi vorba și despre un drept care să aibă o strânsă legătură cu acesta. Existența strânsei legături se stabilește de la caz la caz³.

În mod cert, în cazul cererilor de deschidere a procedurii insolvenței, terții nu pot invoca, în tot sau în parte, însuși dreptul dedus judecății, obiect al judecății fiind deschiderea unei proceduri concursuale, de satisfacere a creanțelor în contra debitorului.

¹ G. Boroș, op. cit., p. 188.

² Ibidem.

³ P. Piperea, S. Popescu, în *Colectiv*, Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații, op. cit., comentariul art. 61 (www.legalis.ro).

4.1. Cererea de intervenție principală

Intervenția voluntară principală este cererea prin care un terț solicită introducerea sa într-un proces *pendinte* pentru a i se recunoaște sau stabili un drept propriu. Prin urmare, sub aspectul admisibilității cererii de intervenție în interes propriu (principală), creditorul va trebui să probeze că prin cererea de intervenției dorește să i se recunoască sau să i se stabilească un drept propriu.

4.1.1. Intervenția principală în cadrul unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței formulate de un creditor

Prin cererea de deschidere a procedurii insolvenței, creditorul nu are drept scop recunoașterea unui drept de creanță în contra debitorului, ci are drept scop demararea unei proceduri speciale cu ajutorul căreia să-și poată încasa creanța. Cu alte cuvinte, procedura insolvenței poate fi considerată o modalitate alternativă la executarea silită, această procedură specială punând la îndemâna creditorilor o modalitate concursuală, colectivă, de recuperare a creanțelor.

Poate fi pusă inclusiv problema unei lipse a interesului creditorului intervenient, deoarece prin cererea sa nu ar dobândi niciun folos, deschiderea procedurii insolvenței producându-și aceleași efecte indiferent dacă este formulată de unul, mai mulți creditori sau chiar de debitor.

Interesul creditorului și implicit recunoașterea sau stabilirea unui drept propriu al acestuia în contradictoriu cu debitorul se naște, respectiv se poate obține, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, pe calea declarației de creanță și, eventual, a contestației la tabel.

Aceste precizări sunt importante pentru a stabili dacă intervenția principală a unui creditor în cadrul unei cauze ce are ca obiect o cerere de deschidere a procedurii insolvenței formulate de un alt creditor este admisibilă. Din moment ce creditorului, titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței, nu i se poate recunoaște sau stabili un drept propriu, alta fiind menirea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, ar rezulta că o cerere de intervenție în interes propriu într-un dosar ce are ca obiect cererea unui creditor de deschidere a procedurii insolvenței, ar apărea ca inadmisibilă.

Împotriva acestei teze s-ar putea replica prin invocarea prevederilor art. 70 alin. (3) din Codul insolvenței care reglementează o adevărată conexare de drept, în sensul că dacă între momentul înregistrării cererii de către creditor și cel al judecării acestei cereri sunt formulate cereri de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul, prin serviciul registratură, va înregistra noua cerere la dosarul existent. Astfel, s-ar putea concluziona că din moment ce legiuitorul, prin art. 70 alin. (3) din Codul insolvenței, a prevăzut posibilitatea reunirii mai multor cereri de deschidere a procedurii insolvenței, a reglementat în mod indirect și posibilitatea ca un creditor să intervină în interes propriu într-un dosar ce are ca obiect cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulate de un creditor.

Considerăm ca această din urmă teză, care, prin analogie, extinde prevederile din materia conexării și asupra cererilor de intervenție în interes propriu, nu poate fi primită. Rațiunea concluziei noastre rezidă în faptul că analogia (art. 10 C.civ.) se poate aplica numai în acele situații în care reglementarea este inexistentă sau incompletă într-o anumită materie. În materia intervenției principale, Codul de procedură civilă, normă generală ce se aplică în procedura insolvenței ori de câte ori Codul insolvenței nu derogă de la prevederile sale (art. 346 din Codul insolvenței), are dispoziții extrem de clare cu privire la necesitatea justificării unui interes ce vizează materializarea unui drept propriu. Or, din moment ce se poate demonstra, conform celor expuse anterior, că prin intervenția în interes propriu creditorul nu poate justifica niciun interes, întrucât recunoașterea sau stabilirea unui interes propriu se poate materializa ulterior deschiderii procedurii insolvenței pe calea declarației de creanță sau a contestației la tabel, concluzia nu poate fi decât aceea că intervenția în interes propriu în cadrul unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței formulate de un creditor este inadmisibilă sau chiar, așa cum am mai arătat, lipsită de interes.

Pentru a da efecte principiului reglementat de art. 4 pct. 3 din Codul insolvenței, care impune asigurarea unei proceduri eficiente prin derularea procedurii într-un timp util, cererea de intervenție în interes propriu, în această ipoteză, va trebui să fie găsită inadmisibilă, dat fiind caracterul special al normelor privitoare la procedura

insolvenței. Procedura de deschidere voluntară a insolvenței nu poate permite oricui și oricând să intervină în derularea sa, în mod similar procedurii civile de drept comun, pentru că nu ar mai fi o procedură eficientă, derulată cu celeritate. Astfel, în ceea ce privește creditorii, recunoașterea posibilității formulării de către aceștia a cererilor de intervenție, pe de o parte, contravine procedurii speciale a insolvenței, iar, pe de altă parte, aceasta ar împieta grav celeritatea derulării procedurii, căreia i-ar conferi tipicul lent, propriu unei judecăți de drept comun¹.

4.1.2. Intervenția principală în cadrul unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței

Deoarece prin cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței nu se stabilesc drepturi potrivnice, ci instanța este datoare să analizeze exclusiv dacă debitorul îndeplinește condițiile formale impuse de Codul insolvenței pentru a deschide procedura insolvenței, procedura de judecată a unei astfel de cereri va fi una necontencioasă². Această concluzie se desprinde în mod direct din prevederile art. 66 alin. (6) din Codul insolvenței care fac vorbire despre soluționarea cererii debitorului în procedură necontencioasă.

Prin urmare, instanța de judecată este chemată să verifice exclusiv îndeplinirea unor condiții formale. Întrucât ne aflăm în fața unei proceduri necontencioase, dreptul comun aplicabil procedurii de judecare a cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței va fi reprezentat, pe lângă normele speciale ale Codului insolvenței, de prevederile art. 527-537 C.proc.civ., care reglementează procedura necontencioasă judiciară.

De plano trebuie precizat că, printr-o cerere de intervenție în interes propriu, într-o cauză ce are ca obiect o cerere voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, creditorul ar putea solicita exclusiv respingerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, deoarece dacă prin intervenție creditorul ar fi de acord cu deschi-

¹ C.A. București, Secția a V-a comercială, decizia nr. 93/20.01.2011 (<http://www.spete.info/jurisprudenta-obiect/procedura-insolventei-cerere-de-interventie-25412/>), consultat la 4.12.2012.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 452

derea procedurii insolvenței am fi de fapt în fața unei veritabile cereri de intervenție accesorie, în interesul debitorului, iar susținerile creditorului ar fi în sprijinul celor solicitate de debitor.

În lumina acestor precizări, urmează să analizăm dacă realmente creditorul se poate opune cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței. Sub acest aspect considerăm că răspunsul este unul negativ, urmând a prezenta două seturi de argumente:

a) Procedura necontencioasă specifică cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței este incompatibilă cu cererea de intervenție principală;

Conform celor arătate mai sus, cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței va fi judecată în condițiile procedurii necontencioase, rolul judecătorului-sindic fiind exclusiv acela de a verifica dacă sunt sau nu îndeplinite, în mod formal, condițiile cerute de Codul insolvenței pentru deschiderea procedurii insolvenței. În aceste condiții, trebuie analizat dacă cererilor voluntare de deschidere a procedurii insolvenței le sunt aplicabile prevederile art. 531 C.proc.civ., potrivit cărora dacă cererea capătă caracter contencios prin obiecțiile ridicate de persoanele care intervin, instanța este datoare să o respingă. Din textul legal citat s-ar contura ideea că, de fapt, cererea de intervenție voluntară nu ar fi inadmisibilă, deoarece prevederile art. 531 C.proc.civ. stabilesc în mod expres posibilitatea formulării unei astfel de cereri, judecătorul-sindic fiind dator a respinge cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, întrucât textul de lege o impune în mod expres (transformarea cererii din contencioasă în necontencioasă).

O asemenea interpretare ar fi însă de nepermis și contrară spiritului și scopului urmărit de legiuitor. Într-adevăr, lipsa de corelare între textele legale (art. 66 din Codul insolvenței care impune caracterul necontencios al cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, pe de o parte, și art. 531 C.proc.civ. care impune respingerea cererilor necontencioase care dobândesc caracter contencios, pe de altă parte) este condamnată, fiind necesară aducerea, de urgență, unor modificări legislative în acest sens. Până în acel moment trebuie identificate soluții practice pentru a împiedica un eventual blocaj al cererilor voluntare de deschidere a procedurii insolvenței prin folosirea în mod abuziv a instituției intervenției principale. În consecință, întrucât o prevedere legală

trebuie să fie interpretată de o asemenea manieră încât să-și producă efectele – ne referim la reglementarea din art. 66 alin. (1) din Codul insolvenței care permite debitorului să formuleze o cerere de deschidere a procedurii insolvenței – este necesară constatarea caracterului incompatibil al cererii de intervenție principală în această procedură, ipoteza contrară urmând a fi considerată un abuz de drept, în sensul prevederilor art. 15 C.civ. (niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe). Exercitarea dreptului conferit de art. 62 C.proc.civ., și anume formularea unei cereri de intervenție principală într-o cauză ce are ca obiect o cerere voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, nu poate avea drept scop decât fraudarea legii prin încercarea de a face aplicarea art. 531 C.proc.civ., împrejurare ce ar determina, în mod evident, respingerea *de plano* a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, deturnând astfel scopul pentru care legiuitorul a instituit aceste reglementări. Conform art. 6 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, norma trebuie să instituie reguli necesare, suficiente și posibile care să conducă la o cât mai mare stabilitate și eficiență legislativă. Pentru a se da eficiență legislativă art. 66 din Codul insolvenței, care reglementează cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, este necesar ca prevederile art. 531 C.proc.civ. să nu fie aplicabile în această materie. Pentru a atinge acest deziderat, urmează a considera drept inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu în cauzele ce au ca obiect cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței.

Totodată, trebuie revenit la scopul intervenției principale, și anume acela ca terțului intervenient să-i fie recunoscut sau stabilit un drept. Or, în cadrul unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței nu se pot recunoaște sau stabili drepturi proprii terților, ci, conform celor precizate deja, judecătorul-sindic este dator a verifica îndeplinirea condițiilor legale pentru deschiderea procedurii insolvenței. Mai mult, din moment ce intervenția în interes propriu, în ipoteza supusă discuției, ar putea avea drept unic scop respingerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, rezultă că în fapt terțul nu ar putea solicita oricum realizarea sau stabilirea unui drept, ci ar formula de fapt apărări prin care s-ar

opune la deschiderea insolvenței, în acest mod îndepărtându-se în mod iremediabil de la cerințele imperative ale art. 62 C.proc.civ. Sub același aspect este necesară reiterarea caracterului necontencios al procedurii de judecată care în niciun caz nu poate permite stabilirea sau realizarea unor drepturi ale unor terțe persoane.

b) Art. 71 alin. (2) din Codul insolvenței reglementează o procedură specială prin care creditorii pot contesta deschiderea voluntară a procedurii insolvenței – opoziția.

Conform celor explicate mai sus¹, opoziția este o cale de atac specială, derogatorie de la dreptul comun, prin intermediul căreia creditorii pot ataca hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței solicitată de debitor. În fața acestei realități normative și în considerarea faptului că prevederile legale au instituit deja o modalitate prin care creditorii se pot opune la cererea voluntară de deschidere a procedurii insolvenței, rezultă că intervenția principală într-un asemenea litigiu este inadmisibilă.

4.2. Cererea de intervenție accesorie

Intervenția accesorie, reglementată de art. 63 C.proc.civ., a fost definită drept acea cerere incidentă prin intermediul căreia o terță persoană, interesată în rezolvarea unui litigiu, intervine în procesul civil pentru apărarea drepturilor uneia dintre părți².

Spre deosebire de cererea de intervenție principală, cea accesorie nu tinde la recunoașterea sau stabilirea unor drepturi proprii ale terțului, ci are drept scop apărarea drepturilor uneia dintre părțile cauzei în care se intervine.

Formularea unei cereri de intervenție accesorie într-o cauză ce are ca obiect deschiderea procedurii insolvenței este admisibilă, indiferent de titularul cererii de deschidere a procedurii insolvenței, singura obligație a intervenientului fiind aceea de a demonstra că are un interes în cauza ce se judecă.

¹ A se vedea *supra*, §3. Opoziția creditorilor la cererea de deschidere voluntară a procedurii insolvenței, p. 10.

² I. Leș, Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2011 (www.legalis.ro).

Secțiunea a 2-a. Deschiderea procedurii insolvenței la cererea creditorului

§1. Caracterul și scopul formulării de către creditor a cererii de deschidere a procedurii insolvenței

Prin raportare la scopul procedurii insolvenței, cel definit la art. 2 din Codul insolvenței, în sensul acoperirii pasivului debitorului aflat în insolvență, trebuie analizat și caracterul cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditori. Astfel, creditorul nu va putea solicita și, implicit, nu se va putea aștepta să obțină, ca urmare a formulării unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței, un titlu executoriu în scopul valorificării creanței sale, deoarece nu acesta este scopul procedurii insolvenței.

Întrucât scopul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței trebuie să nu-l contrazică pe cel al procedurii insolvenței (acoperirea pasivului *in genere*, deci o procedură specială de executare, colectivă), creditorul titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței nu va urmări dobândirea unui titlu executoriu, ci, probând starea de insolvabilitate, va urmări să deschidă în privința debitorului procedura insolvenței¹. Jurisprudența Curții Constituționale² (relevantă prin similaritatea reglementărilor atât în privința actualului Cod al insolvenței, cât și în privința Legii nr. 85/2006, deși hotărârea a fost pronunțată sub imperiul Legii nr. 64/1995) a statuat extrem de concis că procedura insolvenței este una specială, prin care nu se urmărește, ca în dreptul comun, stabilirea existenței unui drept de creanță și a obligației corelative de plată, ci executarea unor creanțe certe, lichide și exigibile față de un debitor care nu numai că nu își îndeplinește de bunăvoie obligația de plată, ci se află în incapacitate vădită de plată, deci în stare de insolvență.

¹ A. Avram, Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 51.

² DCC nr. 511/06.10.2005 (M.Of. nr. 1063 din 28 noiembrie 2005).

Causa proxima a cererii de deschidere a procedurii insolvenței este satisfacerea unui interes general (al tuturor creditorilor), de a supune debitorul controlului creditorilor și al judecătorului-sindic, în scopul acoperirii pasivului (art. 2 din Codul insolvenței). *Causa remota* a creditorului titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței poate fi reprezentată fie de dorința de a-și acoperi creanța, fie de dorința de a prelua întreprinderea (în sensul art. 3 C.civ.) debitorului prin procedura insolvenței, și anume prin cumpărarea mijloacelor de producție ori preluarea controlului societății prin majorarea capitalului social al acesteia în urma conversiei creanței în acțiuni/părți sociale, respectiv printr-o preluare ostilă cu ajutorul mecanismului pus la dispoziție de prevederile art. 133 alin. (6) din Codul insolvenței.

În reglementarea anterioară (art. 2 din Legea nr. 85/2006) nu erau indicate în mod expres modalitățile prin care scopul procedurii insolvenței și implicit scopul formulării de către un creditor a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței puteau fi atinse, însă erau păstrate, în mod firesc, aceleași modalități de realizare a scopului procedurii¹ ca cele din reglementarea Legii nr. 65/1996². *De lege lata*, textul art. 2 din Codul insolvenței a suferit o modificare consistentă față de Legea nr. 85/2006, fiind preferată modalitatea reorganizării judiciare, bineînțeles atunci când ea este în mod obiectiv posibilă. În același sens este și principiul reglementat de art. 4 pct. 2 din Codul insolvenței care stabilește că debitorului trebuie să-i fie acordată o șansă de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară.

Rezultă deci că cererea de deschidere a procedurii insolvenței are un caracter aparte, mixt, diferit de cel al unei cereri de chemare

¹ St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 29.

² Conform art. 2 din Legea nr. 64/1995: „Scopul legii este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, fie prin reorganizarea activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment”.

în judecată de drept comun, întrucât îmbină interesele concursuale ale creditorilor cu cele personale ale creditorului care formulează cererea. Bineînțeles că, din moment ce Codul insolvenței preferă modalitatea reorganizării judiciare, suntem de părere că va trebui abandonată concepția vechii reglementări, anume că oricare dintre modalitățile procedurii colective reprezintă un mijloc adecvat atingerii dezideratului creditorilor¹. În doctrină erau conturate și opinii diferite, în sensul că inclusiv în reglementarea Legii nr. 85/2006 era necesară acordarea unei priorități reorganizării judiciare în fața falimentului². Considerăm că o astfel de discuție nu-și găsea nicio rațiune practică, ci exclusiv una teoretică, deoarece creditorii, prin mecanismul reglementat de fostul art. 100 din Legea nr. 85/2006, erau cei care alegeau, prin vot, între reorganizare și faliment, astfel încât o prioritate a uneia dintre cele două modalități de derulare a procedurilor de insolvență, era lipsită de finalitate practică.

De lege lata însă, deși creditorii au aceeași putere de a alege între reorganizarea judiciară și faliment, fiind necesară o majoritate calificată pentru votarea planului [pe lângă necesitatea votării planului de către majoritatea categoriilor de creditori indicate la art. 138 alin. (3) din Codul insolvenței, este necesară acceptarea planului și de cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale, conform art. 139 alin. (1) lit. A din Codul insolvenței], aceștia însă vor trebui să respecte prevederile art. 2 și art. 4 pct. 2 din Codul insolvenței și să nu-și exercite în mod abuziv dreptul de vot, în sensul opunerii la reorganizarea judiciară, deși debitorul are posibilitatea, în mod real, să își redreseze activitatea prin reorganizare judiciară. Perioada imediat următoare deschiderii procedurii generale a insolvenței este denumită *perioada de observație*, în cadrul căreia vor fi analizate șansele de reorganizare a activității debitorului, atât de către administratorul judiciar, cât și de către creditori

¹ În viziunea Legii nr. 85/2006 nu putea fi acceptată ideea că reorganizarea judiciară sau falimentul au prioritate una față de cealaltă, Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 36-37.

² I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.II. Beck, București, 2006, p. 297; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 84.

prin organele specifice procedurii insolvenței (Adunarea creditorilor, Comitetul creditorilor).

În privința scopului cererii de deschidere a procedurii insolvenței, acesta trebuie să fie în acord cu textul art. 2 din Codul insolvenței, în caz contrar, demersul judiciar având posibilitatea de a fi calificat drept abuz de drept, bineînțeles cu condiția îndeplinirii condițiilor legale. Prin urmare, scopul creditorului în formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței este acela de a recupera, într-o măsură cât mai mare și într-o perioadă cât mai scurtă, creanțele pe care le deține contra debitorului insolvent¹. Astfel, se evită situația în care unii creditori nu vor mai putea recupera nimic ca urmare a demarării unor executări silite individuale, care ar putea determina încetarea activității debitorului și intrarea în lichidare. Deschiderea procedurii insolvenței provoacă demararea unei proceduri colective și concursuale ce nu permite discriminarea creditorilor de același rang în cadrul procesului de distribuție a sumelor ce se achită fie prin planul de reorganizare, fie prin procedura de lichidare. Acest aspect a fost reliefat inclusiv în jurisprudența CEDO² care a statuat că sumele obținute prin lichidarea bunurilor unei bănci ar fi putut fi suficiente pentru a satisface cererea solicitantului sau cel puțin o parte considerabilă a acesteia, în cazul în care lichidatorul l-ar fi tratat pe reclamant ca pe un creditor preferențial, în acord cu prevederile legale, și n-ar fi dat prioritate în recuperarea creanțelor unei categorii de creditori inferioare.

Această punere la adăpost de executările silite ale creditorilor, dublată de posibilitatea derulării unei proceduri execuționale colective, creează un cadru procesual propice care asigură respectarea principiului asigurării unui tratament echitabil al creditorilor de același rang (art. 4 pct. 4 din Codul insolvenței) și cel al respectării ordinii de prioritate a creanțelor (art. 4 pct. 6 din Codul insolvenței). Aceste caracteristici sunt subsumate în dreptul anglo-saxon

¹ C.B. Nasz, Deschiderea procedurii insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 145.

² CEDO, Cauza *Kotov c. Rusiei*, cererea nr. 54522/00, hotărârea din 3.04.2012.

principiului *pari passu*¹. Noua reglementare – Codul insolvenței – cunoaște anumite excepții care se vor dovedi extrem de „supărătoare” pentru debitor sau pentru creditorii ce doresc reorganizarea. Art. 75 din Codul insolvenței, corespondentul fostului art. 36 din Legea nr. 85/2006, introduce o derogare de la efectul suspensiv pe care îl are deschiderea procedurii insolvenței asupra acțiunilor judiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Cea mai „deranjantă” excepție este reglementată în art. 75 alin. (3)-(4) din Codul insolvenței, care reglementează posibilitatea pe care o au creditorii ce dețin creanțe curente de a solicita administratorului judiciar, iar apoi judecătorului-sindic, recunoașterea creanței, având posibilitatea ca ulterior acestei recunoașteri să solicite deschiderea procedurii de faliment a debitorului dacă aceste creanțe nu sunt achitate în termen de 60 de zile.

De asemenea, nu vor fi afectate de efectul suspensiv generat de deschiderea procedurii insolvenței nici: (i) căile de atac promovate de debitor împotriva acțiunilor unor creditori înaintea deschiderii procedurii și nici acțiunile civile din procesele penale îndreptate împotriva debitorului; (ii) acțiunile judiciare îndreptate împotriva codebitorilor și/sau terților garanți.

Conform Codului insolvenței, creditorii pot avea drept scop la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței atât reorganizarea și salvarea societății din procedura insolvenței (modalitatea prioritară de acoperire a pasivului – art. 2 și art. 4 pct. 2 din Codul insolvenței), cât și falimentul societății și lichidarea activului. Nu aceeași este situația în alte sisteme de drept. Spre exemplu, în Anglia², creditorii pot solicita, în funcție de interesele lor, prin intermediul unei cereri intitulată *the winding up petition*, deschiderea procedurii de „lichidare” (*compulsory liqui-*

¹ R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2011, p. 235 și urm.; V. Finch, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Cambridge, 2002, p. 421; Barry Calir, *Proof of debt and asset recovery*, în *Insolvency Law*, Cavendish Publishing, London, 2003, p. 31.

² FL Memo, *Company Law*, London, 2011, FL Memo Limited, p. 1087.

dation) ce are ca finalitate exclusiv ipoteza falimentului prin lichidarea bunurilor debitorului sau pot solicita deschiderea procedurii de administrare (*the administration*), cu scopul reorganizării societății. Procedura de lichidare (a falimentului) poate fi transformată în administrare (reorganizare) la cererea lichidatorului. Această ipoteză nu este permisă de Codul insolvenței, deschiderea procedurii simplificate a falimentului fiind ireversibilă.

§2. Creditorul îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței

Dreptul creditorului de a solicita deschiderea procedurii insolvenței reprezintă una dintre modalitățile pe care legiuitorul i le-a pus la îndemână pentru a-și materializa dreptul de creanță deținut împotriva debitorului său. Deschiderea procedurii insolvenței nu prezintă caracteristica unei executări silite propriu-zise, întrucât insolvența nu-i oferă garanția satisfacerii efective a dreptului de creanță deținut în contra debitorului¹. Conform celor reținute în doctrina olandeză², aplicabile *mutatis mutandis* și în sistemul nostru de drept, calitatea de creditor, titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței poate să fie deținută atât de persoanele de cetățenie română, cât și de cele străine, fie ele din Uniunea Europeană sau din afara sa.

Ca regulă generală, conform art. 66 alin. (4), respectiv art. 70 alin. (1) din Codul insolvenței, procedura insolvenței poate fi deschisă dacă:

(i) debitorul se află în stare de *insolvență iminentă* (stare relevantă pentru cererile voluntare de deschidere a procedurii insolvenței) atunci când se dovedește că acesta nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței [art. 5 pct. 29 lit. b) din Codul insolvenței];

(ii) debitorul se află în stare de *insolvență prezumată* (stare relevantă pentru cererile voluntare de deschidere a procedurii

¹ V.L. Cuneo, op. cit., p. 242.

² P.J.M. Declercq, Netherlands Insolvency Law, Haga, 2002, p. 63.

insolvenței) atunci când acesta nu a plătit datoria sa față de creditor timp de 60 de zile de la scadență [art. 5 pct. 29 lit. a) din Codul insolvenței].

În cadrul secțiunilor subsecvente vom analiza atât posibilitatea creditorului de a formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței, prin invocarea insolvenței iminente, cât și posibilitatea invocării insolvenței prezumate.

În sistemul de drept german¹, cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulate de un creditor poate fi admisă pentru lipsa de lichiditate sau pentru situații de supraîndatorare. Ca și în dreptul românesc, prima ipoteză care poate determina deschiderea procedurii insolvenței – *lipsa iminentă de lichiditate* – va putea fi invocată exclusiv de debitor, în cadrul cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței.

Formularea de către un creditor a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței declanșează un adevărat proces care, după caz, poate avea sau nu caracter necontencios². Aparent, această concluzie pare să fie contradictorie – *demararea unui proces vs. procedură necontencioasă* – însă acest caracter este explicabil prin aceea că prin Codul insolvenței se instituie o procedură derogatorie de la dreptul comun, fiind reglementată instituția contestației la cererea de deschidere a procedurii insolvenței, instrument pus la dispoziția debitorului, prin intermediul căruia acesta se poate opune cererii de deschidere formulate de creditor. Astfel, deși inițial procedura este una necontencioasă, în cadrul căreia instanța trebuie doar să verifice dacă sunt îndeplinite condițiile legale în această materie, ulterior depunerii contestației procedura capătă caracter contencios, fiind necesară tranșarea diferendului apărut între creditor, pe de-o parte, care îl consideră pe debitor în stare de insolvență, și debitor, pe de altă parte, care contestă această stare. Întrucât ne aflăm într-o procedură ce derogă de la prevederile de drept comun, trebuie subliniat faptul că prevederile art. 531 C.proc.civ., conform cărora dacă cererea, prin însuși cuprinsul ei ori prin

¹ B.M. Kubler, K. Otte, *Insolvency Proceedings*, în *Business transactions in Germany*, vol. II, LexisNexis, 2011, p. 17-21.

² Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 465.

obiecțiile ridicate de persoanele citate sau care intervin, prezintă caracter contencios, instanța o va respinge, nu vor fi aplicabile¹.

În dreptul belgian², ca de altfel și în cel olandez³, pentru deschiderea procedurii insolvenței trebuie probată starea de încetare de plăți. Legea belgiană din 8 august 1997 reglementează o condiție suplimentară, aceea ca încetarea plăților să fie una cronică; iar nu una temporară. În schimb, sistemul de drept din Olanda impune existența a cel puțin doi creditori ale căror creanțe nu sunt achitate de către debitor. De aceea, în acest din urmă sistem de drept⁴ este suficient ca numai unul dintre creditori să formuleze cererea de deschidere a procedurii insolvenței, ceilalți creditori urmând a fi menționați în cererea de deschidere a procedurii insolvenței pentru a îndeplini condiția existenței a cel puțin doi creditori.

Împrejurarea că debitoarea a nesocotit termenul prevăzut de art. 32 alin. (3) din Codul insolvenței reprezintă o încălcare a termenului imperativ de depunere a contestației și face ca din perspectiva procedurii insolvenței aceasta să nu existe, iar apărările și susținerile cuprinse în aceasta să nu fie analizate de instanță⁵.

2.1. Insolvența prezumată

Conform definiției oferite de art. 5 pct. 29 lit. a) din Codul insolvenței, insolvența este prezumată atunci când debitorul, după scurgerea unui termen de 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor. Textul legal păstrează precizarea existentă și în reglementarea Legii nr. 85/2006⁶, conform căreia

¹ În acest sens, a se vedea *supra*, lit. a), p. 22.

² G.A. Dal, A.P.A. Dumont, în *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 Juillet et 8 Août 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 122.

³ P.J.M. Declercq, op. cit., p. 63.

⁴ Ibidem.

⁵ V. Godâncă-Herlea, Omisiunea de a depune contestație la cererea de deschidere a procedurii insolvenței. Efecte și remedii, în R.D.C. nr. 9/2009, p. 64-79. În același sens, a se vedea C.A. Cluj, Secția comercială, decizia nr. 2196/31.08.2009, în B.C.A. nr. 4/2009, p. 18.

⁶ Legea nr. 169/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței (M.Of. nr. 505 din 21 iulie 2010).

prezumția de insolvență este una relativă care, în mod evident poate fi răsturnată de către debitor prin formularea unei contestații la cererea de deschidere a procedurii insolvenței. În ceea ce privește regimul juridic al prezumției reglementate de art. 5 pct. 29 lit. a) din Codul insolvenței, vor trebui avute în vedere prevederile art. 327-329 C.proc.civ.

Judecătorul investit cu soluționarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, pentru a da efect prezumției instituite de prevederile mai sus indicate, va fi dator să verifice dacă partea care invocă această prezumție (creditorul titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței) a dovedit faptul cunoscut, vecin și conex, pe care se întemeiază această prezumție, astfel cum o impun prevederile art. 328 alin. (1) teza a II-a C.proc.civ. Astfel, el va trebui să verifice dacă scadența creanței invocate este mai veche de 60 de zile și dacă creanța propriu-zisă există și îndeplinește condiția cuantumului minim (a valorii-prag – art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței), anume 40.000 lei. În jurisprudența anterioară, dar relevantă și în noua reglementare¹, s-a reținut că în lipsa formulării unei contestații de către debitor va trebui să se considere că acesta nu contestă existența creanței ori a stării de insolvență, fiind de acord cu deschiderea procedurii de insolvență. Suntem de acord cu cele reținute în practică cu o singură nuanță, anume că judecătorul, chiar și în lipsa unei contestații, va fi dator să verifice condițiile de admisibilitate a cererii de deschidere a procedurii insolvenței (vechimea, caracterul lichid și valoarea-prag a creanței invocate). Formularea unei întâmpinări la cererea de deschidere a procedurii insolvenței, înafara termenului de 10 zile reglementat de art. 72 alin. (3) din Codul insolvenței nu va produce niciun efect sub aspectul posibilității contestării stării de insolvență, legea stabilind în clar calea și termenul procedurale în care debitorul poate contesta existența stării de insolvență.

O situație de excepție, cu care s-ar putea întâlni practica, ar fi aceea în care cererea formulată de creditor să nu îndeplinească condițiile de admisibilitate (fie nu se încadrează în valoarea-prag,

¹ Trib. Covasna, Secția civilă, sentința nr. 1843/18.12.2008, în Jurisprudența I.

fie creanța nu este mai veche de 60 de zile), însă debitorul să recunoască starea de insolvență, în condițiile art. 72 alin. (3) din Codul insolvenței, care îi permite debitorului fie să conteste starea de insolvență, fie să o recunoască. Considerăm că în această ipoteză, întâlnită destul de rar în practică, recunoașterea stării de insolvență formulată de debitor va acoperi lipsa condițiilor de admisibilitate a cererii creditorului de deschidere a procedurii insolvenței, operând în acest fel o achiesare, o recunoaștere a pretențiilor reclamantului (în acest caz pretențiile reclamantului vizează constatarea de către instanța de judecată a stării de insolvență), în condițiile art. 436 C.proc.civ.

Legiuitorul român a instituit prezumția legală relativă de insolvență (în sensul art. 328 C.proc.civ.), în profitul creditorului titular al acțiunii scutindu-l pe acesta de a mai dovedi starea de încetare de plăți a debitorului pârât¹. Scopul a fost acela de a-i ușura probațiunea creditorului sub acest aspect, instanța având drept sarcină exclusiv analiza existenței cerințelor pretinse de lege pentru a se putea declanșa procedura colectivă².

Art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței definește noțiunea de creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței, stabilind că un atare creditor este cel a cărui creanță asupra patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile. Prevederile Codului insolvenței (art. 5 pct. 72) fac o diferențiere între creditorii salariați și restul creditorilor, în sensul că diferă valoarea-prag pentru deschiderea procedurii insolvenței. Astfel, salariații trebuie să dovedească o restanță la plată de cel puțin 6 salarii medii brute pe economie/salariat, iar celelalte cate-

¹ O parte a sistemelor de drept europene (belgian, olandez, francez) nu conțin o astfel de prezumție, titularul cererii de deschidere a procedurii insolvenței fiind dator să probeze incapacitatea de plată indiferent de cuantumul creanței invocate. În acest sens, a se vedea *G.A. Dal, A.P.A. Dumont*, *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 Juillet et 8 Août 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 122; *P.J.M. Declercq*, op. cit., p. 63; *A. Jauffret*, *Droit Commercial*, 23^e éd., L.G.D.J., Paris, 1997, p. 676.

² C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 371/10.03.2009, în B.C.A. nr. 2/2009, p. 33-34 (www.legalis.ro).

gorii de creditori, inclusiv cei bugetari, trebuie să probeze că au în contra debitorului o creanță ce depășește cuantumul de 40.000 lei.

Legea nu impune și alte condiții suplimentare pentru formularea cererii de deschidere a procedurii insolvenței față de cele evocate mai sus. Prin urmare, în mod corect s-a stabilit în practica judiciară¹ că deschiderea procedurii de insolvență se dispune dacă sunt îndeplinite condițiile privind creanța și starea de insolvență, nefiind necesară, în prealabil, epuizarea căilor de executare silită reglementate de Codul de procedură civilă. Aceeași este situația și în dreptul francez, jurisprudența din această țară stabilind că, deși este posibil ca anterior formulării unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței creditorul să fi încercat recuperarea creanței sale pe calea executării silite, aceasta nu se constituie într-o condiție, necesar a fi parcursă în prealabil².

De asemenea, pentru formularea cererii de deschidere a procedurii insolvenței nu este necesară parcurgerea procedurii de informare cu privire la avantajele medierii (Legea nr. 192/2006). Conform art. 2 alin. (1)² din acest act normativ, instanța va respinge cererea de chemare în judecată ca inadmisibilă în caz de neîndeplinire de către reclamant a obligației de a participa la ședința de informare privind medierea, anterior introducerii cererii de chemare în judecată sau după declanșarea procesului până la termenul dat de instanță în acest scop, pentru litigiile în materiile prevăzute de art. 60¹ alin. (1) lit. a)-f) din Legea nr. 192/2006. Această sancțiune, ce completează dispozițiile art. 227 C.proc.civ. care obligă părțile să participe la ședința de informare, în ipoteza în care instanțele de judecată solicită acest lucru, este incompatibilă cu procedura insolvenței. Argument în acest sens vin cele reținute în doctrina anterioară Codului insolvenței, în care era analizată compatibilitatea procedurii concilierii prealabile reglementate de

¹ C.A. Alba Iulia, Secția comercială, decizia nr. 458/22.05.2009, în Jurisprudența I; Trib. Călărași, Secția civilă, sentința nr. 2364/14.11.2007.

² Com. 13 mars 1990, Bull.civ. IV nr. 79, apud A. Jauffret, op. cit., p. 678.

art. 720¹ C.proc.civ. din 1865¹. Această concluzie a fost ratificată și de practica judiciară² generată de vechea Lege nr. 85/2006, care a stabilit că dreptul pozitiv român nu prevede obligativitatea concilierii în cazul în care un creditor urmărește deschiderea procedurii insolvenței. Rațiunea ce a stat la baza acestei concluzii este legată de faptul că textul art. 720¹ C.proc.civ. din 1865 este restrictiv, făcând referire exclusiv la procesele și cererile evaluabile în bani. Or, cererea de deschidere a procedurii insolvenței este una neevaluabilă în bani, deoarece scopul imediat la creditorului reclamant nu este acela de a-și recupera creanța, ci de a deschide o procedură concursuală, colectivă, împotriva debitorului său prin care urmează să-și recupereze creanța fie prin procedurile de lichidare a patrimoniului, fie în urma unui plan de reorganizare. Un argument suplimentar în sensul celor arătate este legat de faptul că legiuitorul, prin impunerea unui quantum fix al taxei de timbru aferente cererii de deschidere a procedurii insolvenței (200 lei conform O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru), a stabilit, în mod indirect, că cererea de deschidere a procedurii insolvenței este o cerere neevaluabilă în bani.

O problemă cu privire la lipsa de compatibilitate a procedurii medierii în privința cererilor de deschidere a procedurii insolvenței ar putea fi generată de prevederile art. 60¹ lit. f) din Legea nr. 192/2006 care impun obligativitatea parcurgerii ședinței de informare în ipoteza litigiilor civile a căror valoare este sub 50.000 lei, cu excepția litigiilor în care s-a pronunțat o hotărâre executorie de deschidere a procedurii de insolvență. Trebuie subliniat faptul că textul are în vedere litigii survenite ulterior momentului deschiderii procedurii insolvenței, întrucât este impusă existența unei hotărâri executorii de deschidere a procedurii insolvenței. Cu toate acestea, chiar dacă textul pus în discuție pare să excludă din sfera de exceptare de la obligativitatea parcurgerii ședinței de informare

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 465; St.D. Cârpenariu, V. Nemeș, M.A. Hotca, *Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței*, op. cit., p. 157.

² Trib. Cluj, Secția comercială, sentința nr. 6023/12.12.2007, în *Jurisprudența* 1.

cu privire la avantajele medierii cererile de deschidere a procedurii insolvenței, întrucât, astfel cum am arătat mai sus, cererea de deschidere a procedurii insolvenței este neevaluabilă în bani, indiferent de quantumul creanței invocate, ea nu va fi condiționată de parcurgerea procedurii de informare privind avantajele medierii. La acest moment, ca urmare a pronunțării Deciziei nr. 266/2014 de către Curtea Constituțională¹, a fost declarată neconstituțională prevederea reglementată de art. 2 alin. (12) din Legea nr. 192/2006 conform căreia neparcurerea procedurii de informare cu privire la avantajele medierii era sancționată cu inadmisibilitatea cererii.

Codul insolvenței nu impune condiții suplimentare pentru ca o creanță să poată sta la baza unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței, aceasta putând fi comercială (emanând din raporturile dintre profesioniști) sau civilă (anume datorată către un simplu particular, ce nu este angrenat în exploatarea unei întreprinderi în sensul art. 3 C.civ.), având o cauză de preferință (în sensul art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței coroborat cu art. 2327 și urm. C.civ.) sau chirografară (în sensul art. 5 pct. 22 din Codul insolvenței)².

În dreptul german este impusă o condiție suplimentară de admisibilitate a cererii de deschidere a procedurii insolvenței la cererea creditorilor, anume probarea unui interes. Creditorul este astfel obligat să indice în cererea sa rațiunea care stă la baza formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței. În doctrina străină³ s-a arătat că prin **interes legal în formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței** se înțelege acel interes concordant procedurii de insolvență. Cu alte cuvinte, dacă creditorul are garanții suficiente ce-i permit satisfacerea creanței în afara procedurii insolvenței, interesul în formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței nu va putea fi probat, întrucât realizarea creanței prin procedurile execuționale de drept comun este una mai ușor de realizat și implicit mai puțin oneroasă. Considerăm că de această condiție, a interesului, trebuie să se țină cont și în sistemul nostru de drept, aceasta deoarece Codul insolvenței nu conține

¹ DCC nr. 266/07.05.2014 (M.Of. nr. 464 din 25 iunie 2014).

² V.L. Cuneo, op. cit., p. 242.; A. Jauffret, op. cit., p. 678.

³ B.M. Kubler, K. Otte, op. cit., p. 16-17.

nicio reglementare derogatorie de la dreptul comun în materia interesului [art. 32 alin. (1) lit. d) C.proc.civ.]. În aceste condiții, considerăm că cererea de deschidere a procedurii insolvenței, formulată de un creditor care deține garanții suficient de mari în contra debitorului său, ce-i pot permite în mod facil satisfacerea creanței prin intermediul procedurilor de executare silită, urmează a fi respinsă ca lipsită de interes, finalitatea demersului judiciar ales, anume deschiderea procedurii insolvenței, neavând aptitudinea de a-i produce vreun beneficiu, ci, din contră, îi va îngreuna posibilitatea de a-și recupera creanțele într-un termen scurt.

2.1.1. Valoarea-prag

Art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței reglementează cuantumul pe care trebuie să îl îndeplinească creanța sau creanțele ce stau la baza cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Textul de lege stabilește, în termeni imperativi, că valoarea-prag reprezintă o condiție de admisibilitate a cererii de deschidere a procedurii insolvenței a cărei neîndeplinire are drept efect respingerea cererii. Această concluzie se desprinde din textul legal care folosește expresia „pentru a putea fi introdusă cererea creditorului”. Spre deosebire de vechea reglementare (Legea nr. 85/2006), *de lege lata*, valoarea-prag este aplicabilă și cu privire la cererile voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, reprezentând astfel o condiție generală de deschidere a procedurii insolvenței (mai puțin în ipoteza insolvenței iminente).

Alte sisteme de drept nu condiționează deschiderea procedurii insolvenței de existența unei creanțe într-un anumit quantum. Astfel, în sistemul de drept francez nu este important cuantumul creanței invocate, ci trebuie probată starea de încetare de plăți. Această stare a fost definită drept imposibilitatea unei întreprinderi de a face față pasivului exigibil cu activul disponibil¹. Aceeași este situația și în dreptul german², „interesul legal” pe care trebuie să-l demonstreze creditorul odată cu depunerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței nefiind legat de cuantumul creanței. Pe de

¹ A. Jauffret, op. cit., p. 676.

² B.M. Kubler, K. Otte, op. cit., p. 16-17.

altă parte, în dreptul belgian¹, conform Legii din 8 august 1997, se vorbește despre necesitatea dovedirii unei imposibilități cronice în a achita angajamentele luate. Această situație este lăsată la aprecierea instanței investite cu cererea de deschidere a procedurii colective, în funcție de circumstanțele speței creditorul fiind obligat să facă această probă. Spre deosebire de această abordare, bazată pe un grad destul de ridicat de subiectivism, legiuitorul român, alături de cel din Anglia² – care a reglementat pragul minim la 750 lire sterline – a adoptat o soluție mai pragmatică, bazată pe o prezumție legală, cea de insolvabilitate, în ipoteza în care se probează că un debitor are o datorie de minim 40.000 lei. Soluția avută în vedere de legiuitorul român cu privire la instituirea unui prag minim al valorii creanțelor, deși pragmatică, nu este departe de critică, deoarece sunt debitori pentru care o datorie de 40.000 lei nu poate reprezenta o probă a incapacității de plată. În practică s-au întâlnit situații în care, față de societăți comerciale de anvergură, cu cifre de afaceri de ordinul zecilor de milioane de euro, ce dispuneau de lichidități semnificative, s-a deschis procedura insolvenței prin invocarea unei creanțe de ordinul zecilor de mii de euro. Bineînțeles că în culpă s-au aflat aceste societăți care nu au depus diligențele necesare să răstoarne prezumția de insolvență prin depunerea unor extrase de cont care să ateste disponibilul din cont. Se poate pune problema ca pe viitor legiuitorul să aibă în vedere o modificare legislativă prin care să stabilească valoarea-prag diferențiat, în funcție de cifra de afaceri a societății față de care s-a formulat cererea de deschidere a procedurii insolvenței.

Doctrina³, inspirată de practica judiciară⁴ generată de reglementarea anterioară (Legea nr. 85/2006), a statuat că verificarea condițiilor de admisibilitate a cererii creditorului, anume respectarea valorii-prag a creanțelor se face de către judecătorul-sindic la data pronunțării hotărârii. În disensiune cu această opinie, întrucât respectarea valorii-prag reprezintă o condiție de admisibilitate a

¹ G.A. Dal, A.P.A. Dumont, op. cit., p. 123.

² FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 898.

³ St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 155.

⁴ C.A. Galați, Secția comercială, decizia nr. 186/14.03.2007.

cererii de deschidere a procedurii insolvenței, considerăm că *momentul* în funcție de care instanța de judecată va verifica îndeplinirea acestei condiții va trebui să fie cel al depunerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței¹. Ulterior acestui moment, chiar dacă debitorul achită o parte din creanță, situație care determină diminuarea ei sub valoarea-prag, condiția instituită de art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței se va considera îndeplinită dacă la momentul introducerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței valoarea creanței era de cel puțin 40.000 lei. Justețea acestei soluții este motivată și prin faptul că în acest fel sunt evitate abuzurile pe care le poate face debitorul care, la termenul de judecată fixat pentru judecarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, va putea prezenta dovada achitării parțiale a creanței invocate, în așa fel încât cuantumul acesteia să scadă sub valoarea-prag. Oferirea acestei posibilități trebuie evitată întrucât ar fi permisă fraudarea prevederilor art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței și, totodată, ar fi încălcat principiul exercitării cu bună-credință a drepturilor procesuale, principiu enunțat în art. 12 C.proc.civ. Lămuritor pentru această interpretare este însuși textul definiției valorii-prag care face vorbire despre *cuantumul minim al creanței, pentru a putea fi introdusă cererea de deschidere a procedurii de insolvență*, fiind astfel evident că textul de lege vizează momentul depunerii cererii, iar nu pe cel al pronunțării hotărârii de deschidere. Nu în ultimul rând, trebuie menționat faptul că art. 72 alin. (5)-(6) din Codul insolvenței condiționează deschiderea procedurii insolvenței de neachitarea creanței creditorului *până la rămânerea în pronunțare* asupra cererii de deschidere a procedurii. Acest aspect întărește concluzia că momentul față de care trebuie să se stabilească îndeplinirea condiției referitoare la valoarea-prag este cel al depunerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței, iar nu cel al rămânerii în pronunțare. Singura împrejurare ce-l va putea determina pe judecătorul-sindic să respingă cererea de deschidere a procedurii insolvenței va fi cea a achitării integrale a

¹ În acest sens, a se vedea C.A. Oradea, Secția a II-a civilă, decizia nr. 423/2013, în B.C.A. nr. 1/2014, p. 23.

creanței ce a stat la baza formulării cererii, situație în care însă debitorul va putea fi obligat la plata cheltuielilor de judecată¹.

În privința cuantumului creanțelor pe care creditorii trebuie să le aibă în contra debitorului, conform art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței, urmează să distingem între creditorii salariați și celelalte categorii de creditori, respectiv lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990².

Pentru a putea solicita deschiderea procedurii insolvenței, salariații trebuie să aibă o creanță în valoare de cel puțin 6 salarii medii brute pe economie/salariat (în 2014, câștigul salarial mediu brut utilizat pentru fundamentarea Bugetului Asigurărilor Sociale de Stat este 2.298 lei³). Din textul legal rezultă că pot formula cererea de chemare în judecată fie doar un salariat, fie mai mulți salariați, însă creanțele acestora nu pot fi cumulate pentru a îndeplini cerința de la pct. 71 art. 5 din Codul insolvenței. Prin urmare, salariatul sau, dacă sunt mai mulți, fiecare salariat va trebui să aibă în contra debitorului o creanță în cuantum de cel puțin 6 salarii medii brute. Această concluzie se desprinde în mod univoc din textul legal care stabilește că valoarea creanței se calculează pentru fiecare salariat în parte. La polul opus, dreptul francez nu recunoaște acest drept salariaților, aceștia neavând dreptul să solicite

¹ Achitarea creanței anterior soluționării apelului împotriva deschiderii procedurii nu poate avea efecte juridice în sensul desființării hotărârii primei instanțe. În acest sens s-a reținut că deși s-a achitat datoria față de creditorul care a solicitat deschiderea procedurii de insolvență, până la data soluționării căii de atac, în urma demersurilor efectuate de către administratorul judiciar au fost înregistrate alte 3 creanțe, C.A. Cluj, Secția comercială, decizia nr. 2226/2009, în R.R.D.J. nr. 9/2009, p. 146.

² Lichidatorul societăților comerciale pe acțiuni este obligat prin lege să solicite intrarea în procedura insolvenței a societății al cărei lichidator a fost numit dacă se află în stare de insolvență, pe când lichidatorul unei societăți comerciale în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată poate formula o astfel de cerere numai dacă asociații cu aceeași majoritate impusă de numirea lichidatorului i-au stabilit o astfel de atribuție. V. Pinteș, Nota la sentința nr. 187/2009 a Trib. Bacău, în C.J. nr. 6/2009, p. 317.

³ (<http://codfiscal.net/40036/castigul-salarial-mediu-brut-2014>)

deschiderea procedurii colective¹. Bineînțeles că în ipoteza în care salariații au în contra debitorului creanțe ce nu izvorăsc din raporturi de muncă, aceștia vor trebui să îndeplinească condițiile generale referitoare la valoarea-prag.

Pentru ceilalți creditori și pentru lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990, textul legal impune existența unor valori-prag sub care cererea de deschidere a procedurii insolvenței nu va putea fi admisă – 40.000 lei. Dacă pentru salariați textul legal a distins în sensul că fiecare salariat în parte trebuie să aibă o creanță în quantum de cel puțin 6 salarii medii brute, în ceea ce-i privește pe ceilalți creditori, textul legal nu face nicio referire cu privire la necesitatea ca, în caz de coparticipare procesual-activă în cererea de deschidere a procedurii insolvenței, fiecare creditor să dețină o creanță în quantum de 40.000 lei, ci, din contră, judecătorul-sindic va trebui să verifice condiția valorii-prag ținând cont de valoarea cumulată a creanțelor. În acest sens, trebuie avute în vedere prevederile art. 70 alin. (3) din Codul insolvenței. Astfel, dacă între momentul înregistrării cererii de către un creditor și cel al judecării acestei cereri sunt formulate cereri de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul, prin serviciul de registratură, va verifica, din oficiu, la data înregistrării, existența dosarului pe rol și va înregistra cererea la dosarul existent. Judecătorul-sindic va stabili îndeplinirea condițiilor referitoare la quantumul minim al creanțelor, în raport cu valoarea însumată a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri și cu respectarea valorii-prag și va comunica cererile debitorului. Deși prevederile art. 70 alin. (3) din Codul insolvenței nu menționează decât faptul că judecătorul-sindic va avea în vedere valoarea însumată a creanțelor invocate de creditori, considerăm că instanța, pentru a proceda astfel, va trebui să verifice și condiția exigibilității de 60 de zile a creanțelor, pentru a le putea avea în vedere la stabilirea valorii-prag.

Trebuie totodată subliniat faptul că toți creditorii, inclusiv cei bugetari, vor putea solicita deschiderea procedurii insolvenței doar în cazul în care, după compensarea datoriilor reciproce, de orice

¹ A. Jaffret, op. cit., p. 679.

natură, suma datorată acestora va depăși valoarea-prag stabilită de lege ca minimum al creanței pentru care se poate solicita deschiderea procedurii¹. Considerăm că jurisprudența anterior citată vizează atât compensarea legală, ce operează de drept, cât și cea judiciară, reglementate de art. 1616-1623 C.civ.².

În ipoteza în care cererile creditorilor de deschidere a procedurii insolvenței, conexe în conformitate cu prevederile art. 70 alin. (3) din Codul insolvenței, nu îndeplinesc, fiecare în parte, condiția valorii-prag, instanța de judecată va ține seama de valoarea însumată a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri, urmând a deschide procedura insolvenței în acele situații în care în mod individual sau cumulativ cererile conexe îndeplinesc condiția existenței unei creanțe într-un quantum de cel puțin 40.000 lei.

2.1.2. Caracter cert lichid și exigibil

Textul art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței enumeră, printre condițiile pe care trebuie să le îndeplinească un creditor pentru a fi considerat ca îndreptățit să formuleze o cerere de deschidere a procedurii insolvenței, necesitatea existenței unei creanțe certe, lichide și exigibile. Aceleași condiții sunt impuse și în dreptul francez³, însă creditorul va fi dator să dovedească și starea de încetare de plăți în care se află debitorul.

A. Caracterul cert al creanței. Această condiție pe care trebuie să o îndeplinească o creanță, pentru a putea sta la baza unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței, primește, în noua reglementare a Codului insolvenței o binemeritată definiție. În Legea nr. 85/2006 nu era definit caracterul cert, practica judiciară împrumutând condițiile în care o creanță are caracter cert din textul art. 379 alin. (4) C.proc.civ. din 1865 sau, mai nou, din art. 663 alin. (2) C.proc.civ. (din materia executării silite).

¹ Trib. București, Secția a VII-a comercială, sentința nr. 5173/27.11.2008, în Jurisprudența I.

² A.-L. Troanță Rebeleş Turculeanu, *Compensația*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 177-185.

³ A. Lienhard, *Procedures collectives*, Dalloz, Paris, 2009, p. 412.

Conform art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței, prin *creanță certă* se înțelege aceea creanță a cărei existență rezultă din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de dânsul¹. Se poate observa că legiuitorul nu a apelat la definiția caracterului cert din noul Cod de procedură civilă, ci a păstrat-o pe cea din Codul de procedură civilă din 1865, art. 379 alin. (4), care cuprinde o arie mai largă de situații în care o creanță poate fi catalogată drept certă.

Pentru a îndeplini condiția caracterului cert trebuie să existe o creanță necontestată din punct de vedere juridic ce rezultă, în cele mai multe cazuri, din chiar titlul de creanță. În cazul în care creanța rezultă din alte acte, chiar neautentice, acestea trebuie să emane de la debitor sau să fie recunoscute de acesta². Cu toată riguroarea impusă de textul de lege, același autor arată că există și unele acte, recunoscute de lege ca titluri executorii, pentru care nu este necesară condiția ca ele să emane de la debitor sau să fie recunoscute de acesta.

Codul insolvenței nu impune creditorului care solicită deschiderea procedurii insolvenței să prezinte un titlu executoriu³. În acest sens jurisprudența⁴ națională a statuat că un contract de credit

¹ C.A. Pitești, Secția comercială, decizia nr. 567/28.04.2010, în B.C.A. nr. 3-4/2010, p. 66-67 – având în vedere relațiile dintre părți și pozițiile acestora față de creanța prelinasă, precum și faptul că o parte a debitului – aferent perioadei contestate de către debitoare și, respectiv, ulterior purtării corespondenței sus-amintite – nu a fost înșușit fără dubiu de către debitoare prin semnarea facturilor sau în alt mod permis de lege, respectiv creanță nu are caracter cert. Este drept că izvorul obligațiilor este reprezentat de contract, însă debitoarea a contestat modul în care creditoarea a înțeles să aplice contractul, deci a acuzat un abuz al acesteia, fapt adus la cunoștința creditoarei mai înainte de promovarea litigiului din speță și, drept urmare, acesta nu poate sta la baza deschiderii procedurii de insolvență.

² I. Leș, *Tratat de drept procesual civil – cu referiri la Proiectul Codului de procedură civilă*, ed. a 5-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010 (www.legalis.ro).

³ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 463.

⁴ Trib. Iași, Secția comercială, sentința nr. 28/S/24.01.2008, în *Jurisprudența I*.

bancar, nevalabil ca titlu executoriu sub raportul executării, face dovada existenței unei creanțe certe, lichide și exigibile și, prin urmare, creditorul este îndreptățit la formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței. Aceeași este reglementarea și în dreptul francez, jurisprudența¹ impunând însă o condiție suplimentară, inexistentă în dreptul român, și anume necesitatea probării existenței unor încercări de recuperare a creanțelor. În concluzie, putem afirma, la adăpostul oricărei critici, că pentru a fi considerată certă, creanța nu trebuie să fie consemnată printr-un titlu executoriu.

Nu este îndeplinită condiția caracterului cert dacă **facturile fiscale** ce stau la baza cererii de deschidere a procedurii insolvenței sunt documente întocmite unilateral de creditor ce poartă doar semnătura acestuia, deoarece nu îndeplinesc condiția impusă de art. 43 C.com. din 1887, respectiv aceea de a fi acceptate la plată de pretinsul debitor, astfel că sumele înscrise în respectivele documente nu reprezintă o creanță certă, în sensul art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței². Chiar în lipsa reglementării art. 43 C.com. din 1887 (abrogat prin intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă), concluziile jurisprudențiale evidențiate mai sus își vor păstra actualitatea, definiția caracterului cert al unei creanțe acoperind în mod evident necesitatea existenței unei acceptări la plată.

Această cerință referitoare la necesitatea existenței unei creanțe necontestate din punct de vedere juridic nu înseamnă că simpla contestare prin negarea existenței unei creanțe de către debitor are efecte decisive asupra caracterului cert al creanței. Trebuie manifestată o diligență sporită din partea instanței de judecată în ipoteza în care debitorul invocă drept motiv de contestație existența unui litigiu cu privire la creanța invocată de creditor, întrucât un asemenea litigiu poate fi demarat *pro causa*, ceea ce ar reprezenta un veritabil abuz de drept³.

¹ Com. 1^{er} mars 3005, Bull civ. IV, nr. 41, apud A. Lienhard, op. cit., p. 412.

² C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 23/14.01.2008, în Jurisprudența I.

³ În doctrină se evidențiază și opinia, prea radicală, ce se îndepărtează din punctul nostru de vedere de la scopul reglementării, potrivit căreia

Excepția nulității titlului executoriu reprezentat de un contract de credit bancar nu va putea fi invocată de debitor, deoarece indiferent dacă într-o altă cauză o altă instanță a anulat actele de executare silită, constatând nevalabilitatea titlului executoriu, sub raportul executării silit, contestația la executare a debitorului fiind îndreptată numai împotriva executării contractului de credit încheiat de părți și nu împotriva contractului însuși, nu se poate reține neîndeplinirea condițiilor impuse de Codul insolvenței¹. Astfel, din moment ce art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței nu impune existența unui titlu executoriu, ci a unui titlu ce face dovada unei creanțe certe (a cărei existență să nu fie discutabilă din punct de vedere juridic), lichide (determinată ca valoare) și exigibile (care să fi ajuns la scadență), creanța chiar și contestată fiind va putea determina deschiderea procedurii insolvenței. În sistemul de drept englez, pentru a fi posibilă formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței², creditorul trebuie să-și sprijine cererea pe o creanță certă, necontestată. De aceea se consideră că cererea de deschidere a procedurii insolvenței trebuie respinsă în ipoteza în care aceasta este întemeiată pe o creanță rezultând dintr-o pretinsă încălcare sau dintr-un pretins motiv de desființare a contractului³. Această ipoteză este valabilă și în sistemul nostru de drept, creanța rezultând dintr-o pretinsă încălcare sau dintr-un pretins motiv de desființare a contractului (în lipsa unei hotărâri judecătorești de constatare a acesteia) în mod evident nu respectă rigorile art. 5 pct. 20 teza a II-a din Codul insolvenței.

prin creanță certă se înțelege cea creanță a cărei existență este neîndoieșnică și asupra căreia nu există niciun litigiu – C.B. Nasz, Caracterul datoriilor care fac obiectul procedurii insolvenței, în C.J. nr. 5/2009, p. 258-263. În același sens, a se vedea C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 736/19.05.2009, în B.C.A. nr. 3/2009, p. 24.

¹ Trib. Iași, Secția comercială, sentința nr. 28/S/24.01.2008, în Jurisprudența I.

² Fie o cerere de lichidare (*compulsory liquidation*), fie una de reorganizare judiciară (*administration*).

³ FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 1087.

Invocarea excepției de neexecutare a contractului poate determina respingerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței dacă judecătorul-sindic constată că neplata sumelor pretinse drept creanță principală nu se datorează stării economice a debitoarei, ci ca urmare a unui refuz explicit de a achita aceste sume, refuz ce se sprijină pe excepția de neexecutarea a contractului. Judecătorul-sindic este suveran în a aprecia dacă refuzul este unul întemeiat sau este pur formal, abuziv, menit a înlătura aplicarea dispozițiilor Legii nr. 85/2014¹.

În situația în care creanța se sprijină pe un titlu executoriu, cererea de deschidere a procedurii insolvenței întemeiată pe un asemenea titlu va putea fi contestată exclusiv în acele situații în care titlul executoriu nu este o hotărâre judecătorească executorie sau atunci când creanța a fost stinsă prin oricare dintre modalitățile de stingere (plată, compensație etc.). În ipoteza în care se solicită deschiderea procedurii insolvenței în baza unor creanțe rezultate dintr-un contract de credit bancar (e.g. în ipoteza declarării scadenței anticipate), debitorul va putea contesta existența creanței, chiar dacă este vorba despre un titlu executoriu, prin formularea, spre exemplu, a unor apărări care să dovedească caracterul nelegal al activării clauzei referitoare la scadența anticipată. Această posibilitate, a contestării caracterului cert al unei creanțe emenate dintr-un titlu executoriu, altul decât o hotărâre judecătorească, este reglementată și în materia contestației la executare, art. 713 alin. (2) C.proc.civ. reținând că, în cazul în care executarea silită se face în temeiul unui alt titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească, se pot invoca în contestația la executare și motive de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, numai dacă legea nu prevede în legătură cu acel titlu executoriu o cale procesuală specifică pentru desființarea lui.

Cu toate acestea, trebuie reținut faptul că nu mai este posibilă contestarea caracterului cert al creanței (emanate dintr-un titlu executoriu altul decât o hotărâre judecătorească) invocate în cadrul cererii de deschidere a procedurii insolvenței, în condițiile în care în baza aceleiași creanțe s-a pornit executarea silită, ce a fost

¹ C.A. Bacău, Secția a II-a civilă, decizia nr. 3892/2013, în B.C.A. nr. 4/2014, p. 25.

atacată fără succes prin formularea unei contestații la executare. Respingerea contestației la executare (prin care a fost contestat caracterul cert al creanței) va avea drept efect consolidarea titlului executoriu, ca urmare a exercitării controlului jurisdicțional prin intermediul instanței de executare, reanalizarea acestor aspecte de către judecătorul-sindic, odată cu judecarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, nefiind posibilă fără încălcarea autorității de lucru judecat (art. 430-432 C.proc.civ.). În ipoteza în care viciile invocate în cadrul contestației la executare nu au vizat caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, ci eventuale probleme legate de modalitatea de întocmire a actelor de executare de către executorul judecătoresc, în mod firesc hotărârea pronunțată cu privire la aceste aspecte nu va putea fi invocată, cu titlu de autoritate/putere de lucru judecat, în cadrul contestației la cererea de deschidere a procedurii insolvenței.

O parte a titlurilor executorii, cum sunt **creanțele bugetare**, poate fi contestată în condițiile Codului de procedură fiscală, în termenele reglementate în acest sens. Dacă debitorul nu contestă aceste creanțe în termenul procedural, atunci creanța bugetară, fiind susținută cu titluri executorii și somații de plată necontestate, potrivit prevederilor speciale de executare silită reglementate de Codul de procedură fiscală, va îndeplini prevederile art. 70 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței cu privire la temeiul creanței¹.

În ipoteza în care dreptul de creanță se sprijină pe titluri executorii reprezentând **bilete la ordin**, chiar și girate, emise de debitor, instanța de judecată va fi datorare să constate caracterul cert al creanței înscrise în acestea, deoarece girarea reprezintă o modalitate de transmitere a dreptului de creanță, odată cu predarea instrumentelor de credit prin gir fiind transmise și toate drepturile care decurg din aceste titluri, inclusiv dreptul de a cere executarea acestora și, implicit, dreptul de a formula cerere de deschidere a procedurii insolvenței împotriva emitentului biletelor la ordin².

¹ Trib. Covasna, Secția civilă, sentința nr. 1860/19.12.2008, în Jurisprudența 1.

² C.A. Constanța, Secția comercială, maritimă și fluvială, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 238/COM/23.02.2009, în Jurisprudența 1.

În ceea ce privește invocarea unei creanțe de către creditorul titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței în temeiul unei **hotărâri judecătorești**, este necesar să se distingă între hotărârile judecătorești definitive și cele care sunt doar executorii. În ceea ce privește prima categorie, a *hotărârilor definitive*, considerăm că situația este extrem de clară, în sensul că cele constatate printr-o astfel de hotărâre sunt prezumate în mod absolut că exprimă adevărul¹. Prin urmare, existența unei creanțe constatate printr-o astfel de hotărâre nu va putea fi contestată, judecătorul-sindic, în lipsa dovedirii stingerii acestei creanțe printr-una dintre modalitățile de stingere a datoriilor (plată, compensare etc.) sau în lipsa răsturnării prezumției de insolvență, fiind obligat să dispună deschiderea procedurii.

Cu totul alta este situația în care temei al cererii de deschidere a procedurii insolvenței este o *hotărâre judecătorească ce nu este definitivă, dar este executorie*. În mod izolat, practica judiciară a dat curs deschiderii procedurii insolvenței în baza unei creanțe constatate printr-o hotărâre judecătorească pronunțată în primă instanță, dar executorie². Această opinie nu este majoritară, în practică fiind întâlnită și opinia contrară³, și anume că hotărârea judecătorească nu poate constitui prin ea însăși, fără a se depune și

¹ C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia civilă nr. 1465/19.06.2011, în B.C.A. nr. 11/2011, p. 17-18. Principiul autorității de lucru judecat corespunde necesității de stabilitate juridică și ordine socială, fiind interzisă readucerea în fața instanțelor a chestiunii litigioase deja rezolvate și nu aduce atingere dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 din Convenția europeană, deoarece dreptul de acces la justiție nu este unul absolut, ci el poate cunoaște limitări, decurgând din aplicarea altor principii. Astfel, contestarea de către debitoare a unei creanțe constatate printr-o hotărâre judecătorească definitivă nu poate primi din partea judecătorului-sindic o nouă dezlegare a existenței acelei creanțe, instanța de judecată fiind datoare să rețină autoritatea de lucru judecat cu privire la acest aspect.

² St.D. Cărpenu, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 153.

³ C.A. Oradea, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 325/C/22.10.2009, în Insolvența I.

alte înscrisuri privitoare la creanța invocată, temei pentru constatarea caracterului cert, lichid și exigibil al creanței și pentru admiterea cererii de deschidere a procedurii de insolvență, din moment ce nu este una definitivă.

Din punctul nostru de vedere, atunci când creanța invocată de creditor titular al cererii de chemare în judecată se sprijină pe o *hotărâre judecătorească executorie*¹, dar care nu este definitivă, caracterul cert al creanței este supus unei condiții rezolutorii, și anume modificarea acelei hotărâri în calea/căile de atac. În atari condiții, întrucât dezlegarea ce urmează a se da cererii de deschidere a procedurii insolvenței atârână în tot de un alt litigiu – cel în care s-a pronunțat hotărârea ce atestă dreptul de creanță invocat prin judecarea căilor de atac – considerăm că, în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 C.proc.civ., va fi necesară suspendarea dosarului de insolvență până la judecarea în mod definitiv a cauzei privitoare la creanța ce constituie temeiul cererii de deschidere a procedurii insolvenței. În caz contrar, judecătorul investit cu soluționarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței se supune riscului reformării [admiterea unei cereri de revizuire întemeiate pe motivul reglementat de art. 509 alin. (1) pct. 6 C.proc.civ.] ulterioare a sentinței pronunțate în temeiul hotărârii judecătorești executorii, dar nedefinitive, în ipoteza în care în căile de atac hotărârea ce a stat la baza cererii de deschidere a procedurii insolvenței este infirmată prin constatarea inexistenței creanței respective. Deși motivul de suspendare reglementat de art. 413 alin. (1) pct. 1 C.proc.civ. nu este unul obligatoriu, fiind lăsat la latitudinea judecătorului, considerăm că în această ipoteză instanțele vor trebui să suspende, necondiționat, cauza ce are obiect deschiderea procedurii insolvenței. În acest mod este evitată producerea unor prejudicii debitorului care, odată ce se deschide procedura insolvenței,

¹ O situație atipică poate apărea în ipoteza în care cererea de deschidere a procedurii insolvenței se sprijină pe o hotărâre judecătorească, executorie de drept, dar ale cărei efecte executorii au fost suspendate, prin una dintre modalitățile puse la dispoziția debitorului. Considerăm că în acest caz creanța nu va putea fi considerată una exigibilă față de împrejurarea că punerea ei în executare este amânată până la momentul soluționării căii de atac în cauză.

purtând stigmatul acestei proceduri, va întâmpina reale probleme de credibilitate, fiind posibilă pierderea ireversibilă a anumitor oportunități de afaceri. În ipoteza în care se va demonstra că dreptul de creanță invocat a fost infirmat în căile de atac, prejudiciile înregistrate de debitor vor putea fi solicitate creditorului titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

În ipoteza în care la baza cererii de deschidere a procedurii insolvenței se află o *hotărâre judecătorească nedefinitivă și neexecutorie*, considerăm că, față de prevederile art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței care nu impun existența unui titlu executoriu și față de cele indicate mai sus cu privire la ipoteza întemeierii cererii de deschidere a procedurii insolvenței pe o hotărâre nedefinitivă, dar executorie, judecătorul-sindic va trebui să suspende judecata dosarului de deschidere a procedurii insolvenței până la soluționarea definitivă a litigiului respectiv.

În situația în care creanța nu este constatată printr-un titlu executoriu, instanța de judecată va proceda la analiza creanței invocate, probatoriul rezumându-se exclusiv la înscrisuri. Astfel, după cum s-a arătat și în jurisprudență anterioară¹, regulile procedurale după care se judecă cererea de deschidere a procedurii insolvenței sunt incompatibile cu proba testimonială, cea a interogatoriului sau cu cea cu expertiza². În aceste condiții, judecătorul-sindic urmează să analizeze caracterul cert al creanțelor într-un mod similar cu cel impus în cadrul procedurii de ordonanță de plată, respectiv somație de plată. În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară³ care a statuat că asupra caracterului cert al creanței s-a făcut deja o analiză cu prilejul soluționării cererii, stabilindu-se că sunt incidente prevederile art. 10 alin. (1) din O.U.G. nr. 119/2007 (actualmente procedura ordonanței de plată este reglementată în Codul de procedură civilă, art. 1013-1024).

¹ C.A. Cluj, Secția comercială și de contencios administrativ, decizia nr. 559/R/10.02.2009, în B.C.A. nr. 2/2009, p. 30-32 (www.legalis.ro).

² St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 154.

³ C.A. Oradea, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 325/C/22.10.2009, în Jurisprudența 1.

Această problemă a fost rezolvată de Codul insolvenței, însă din nefericire nu de o manieră tranșantă. Conform art. 72 alin. (3) teza a II-a din Codul insolvenței, în cadrul judecării contestației va putea fi administrată doar proba cu înscrisuri. Spunem că nu a fost rezolvată problema de o manieră tranșantă, deoarece textul restrânge probatoriul doar la înscrisuri numai în ceea ce privește judecarea contestației, lăsând astfel loc unor interpretări ce pot genera efecte ce nu credem că au fost avute în vedere de legiuitor.

Deși nu suntem de acord cu o astfel de interpretare, este posibil să se considere că numai debitorul este împiedicat să administreze alte probe decât înscrisurile (el fiind titularul contestației), în timp ce creditorului să nu-i fie restrânsă această posibilitate. Bineînțeles că o astfel de interpretare ar conduce la încălcarea a două principii fundamentale ale procesului civil, anume dreptul la un proces echitabil (art. 6 C.proc.civ., respectiv art. 6 din Convenția europeană) și principiul egalității (art. 8 C.proc.civ.). Considerăm că o astfel de interpretare, fiind contrară atât principiilor fundamentale ale procesului civil, dar și tratatelor internaționale privitoare la drepturile omului (art. 6 din Convenția europeană), nu va putea fi primită, urmând ca instanța de judecată să facă aplicarea art. 3 C.proc.civ., respectiv art. 20 din Constituție și să extindă limitarea administrării probei cu înscrisuri și în ceea ce-l privește pe creditor.

Concluzionând, judecătorul-sindic nu are posibilitatea să cerceteze în fond (ca o instanță de drept comun) existența raportului juridic generator al creanței invocate drept fundament al cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Bineînțeles că el va verifica caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, însă aceste caracteristici ale creanței trebuie să rezulte în mod neechivoc, fără a fi necesară administrarea unui probatoriu complex (interogatoriu, expertiză etc.). În astfel de situații este exclus ca judecătorul-sindic să facă o cercetare în fond asupra existenței creanței creditorului. Această sarcină îi este impusă de lege creditorului, ca o condiție *sine qua non*, de admisibilitate a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, iar în lipsa existenței unor probe generate de înscrisuri care să respecte cerințele enunțate de art. 5 pct. 20 teza a II-a din Codul insolvenței, judecătorul-sindic este obligat să respingă cererea de deschidere a procedurii insolvenței.

Existența unei creanțe certe nu poate fi contestată cu motivarea că între părți nu s-a încheiat un contract de vânzare în formă scrisă, în condițiile în care debitorul, prin persoana îndreptățită, **a semnat și ștampilat factura**. Această situație dovedește existența unui raport comercial (între profesioniști), în baza căruia debitorul va avea obligația de a plăti contravaloarea bunurilor sau a serviciilor livrate/prestate de către creditor. Cu alte cuvinte, factura semnată de către debitor dovedește nașterea în sarcina acestuia a unei obligații de plată a contravalorii bunurilor livrate. Prin urmare, chiar dacă între părți nu s-a încheiat un contract de vânzare în formă scrisă, factura semnată și ștampilată dovedește existența unui raport între părți, în baza căruia debitorul avea obligația de a plăti contravaloarea bunurilor livrate¹.

B. Caracterul lichid al creanței. Conform art. 379 alin. (4) C.proc.civ. din 1865, creanța era considerată lichidă atunci când câtimea ei este determinată prin însuși actul de creanță sau când este determinabilă cu ajutorul actului de creanță sau și a altor acte, fie emanând de la debitor, fie recunoscute de acesta, fie opozabile lui în baza unei dispoziții legale sau a stipulațiilor conținute în actul de creanță. Reglementarea din noul Cod de procedură civilă, și anume art. 662 alin. (3) este mai generală, în sensul că o creanță este considerată lichidă atunci când obiectul ei este determinat sau când titlul conține elemente care să permită stabilirea lui.

În schimb, nu sunt lichide creanțele al căror quantum urmează să fie stabilit prin intermediul justiției². Obligațiile care au ca obiect o sumă de bani determinată, adică acele datorii care prezintă relevanță în procedura insolvenței, sunt întotdeauna lichide. Ca atare, se consideră că numai datoriile care au ca obiect derivat plata unor **sume de bani** sunt datorii lichide în accepțiunea Codului insolvenței. Astfel, obligațiile „de a da” un bun mobil sau imobil ori executarea unei obligații „de a face” nu au caracter lichid și, pe cale de consecință, nu constituie datorii lichide menite să dove-

¹ Trib. Cluj, Secția comercială, sentința nr. 73/14.01.2008, în Jurisprudența I.

² I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 48; N. Tândăreanu, Procedura reorganizării judiciare, Ed. All Beck, București, 2000, p. 44; C.B. Nasz, Caracterul datoriilor care fac obiectul procedurii insolvenței, loc. cit., p. 261.

dească starea de insolvență, acestea putând fi executate silit pe cale individuală, ele neavând nimic de a face cu încetarea de plăți datorată lipsei de lichidități.

Cu toate că ne raliem la această opinie, considerăm că în privința creanțelor reprezentate de obligația de „a da” unul sau mai multe bunuri mobile, aprecierea caracterului lichid al creanței urmează a se face în funcție de **caracterul fungibil** (de gen) sau **nefungibil** (individual-determinate) al bunurilor. Textul art. 543 alin. (2) C.civ. definește bunurile fungibile ca fiind acelea care sunt determinabile după număr, măsură sau greutate, astfel încât pot fi înlocuite unele prin altele în executarea obligației. Prin urmare, din moment ce bunurile fungibile, printre care se regăsesc și banii, pot fi înlocuite prin altele în executarea obligației, este evident că acele creanțe ce le au ca obiect sunt lichide.

C. Caracterul exigibil al creanței. Textele art. 379 C.proc.civ. din 1865, deși făceau vorbire despre necesitatea ca o creanță să fie exigibilă pentru a putea fi pusă în executare, nu oferă și o definiție a caracterului exigibil, după cum o fac în cazul caracterul cert și al celui lichid. În schimb, textul corespondent din noul Cod de procedură civilă, și anume art. 653 alin. (4)-(5), stabilește că este îndeplinită condiția caracterului exigibil al creanței atunci când obligația debitorului este ajunsă la scadență (prin îndeplinirea condiției suspensive sau prin ajungerea la termen) sau când debitorul este decăzut din beneficiul termenului de plată. Conform art. 1417 C.civ., debitorul decade din beneficiul termenului dacă se află în stare de insolvabilitate sau de insolvență, precum și atunci când diminuează garanțiile constituite în favoarea creditorului sau nu constituie garanțiile promise; în mod similar, art. 675 C.proc.civ. reglementează și alte cazuri în care debitorul este decăzut din beneficiul termenului¹.

Bineînțeles că în vederea deschiderii procedurii insolvenței nu se vor putea invoca prevederile art. 1417 C.civ. care reglementează decăderea din beneficiul termenului în ipoteza în care debitorul se află în stare de insolvabilitate, însă restul situațiilor descrise mai

¹ A. Dimitriu, în *Colectiv*, Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații, op. cit., comentariul art. 662 (www.legalis.ro).

sus vor putea fi invocate în vederea demonstrării existenței unei creanțe exigibile, mai vechi de 60 de zile. În ipoteza în care creanța supusă executării este afectată de o condiție suspensivă, pentru a putea determina dacă este vorba despre o creanță exigibilă, condiția trebuie să fie considerată îndeplinită. Pentru aceasta, se va apela la prevederile art. 1404-1405 C.civ. care reglementează criteriile în funcție de care se consideră sau nu îndeplinită condiția suspensivă. În orice caz, pentru a fi vorba despre o condiție validă, aceasta nu trebuie să fie imposibilă, ilicită sau imorală (art. 1402 C.civ.)¹.

Prin creanță exigibilă trebuie să se înțeleagă acea creanță ajunsă la scadență, care poate fi pretinsă, căreia i se poate cere de îndată executarea. De aceea, creditorul nu poate solicita declanșarea procedurii pentru o datorie neajunsă la scadență sau a cărei scadență a fost amânată ori nu a fost determinată. În cazul obligațiilor pure și simple, datoriile sunt exigibile de la momentul nașterii raportului juridic, în timp ce obligațiile afectate de un termen suspensiv devin exigibile numai la împlinirea termenului².

În doctrina recentă s-a arătat că nu este exigibilă creanța dacă în litigiul dintre părți, în vederea soluționării contestației în anulare, s-a suspendat executarea silită a titlului executoriu³.

2.1.3. Răsturnarea prezumției de insolvență

După cum am arătat deja, art. 5 pct. 29 lit. a) din Codul insolvenței stabilește că prezumția de insolvență este una relativă care, în mod evident, poate fi răsturnată de către debitor prin contestație. Prin urmare, debitorul poate, chiar dacă sunt îndeplinite condițiile pentru ca o creanță să fie utilă cererii de deschidere a procedurii insolvenței (valoare-prag, caracter cert, lichid și exigibil, o vechime de peste 60 de zile), să răstoarne prezumția de insolvență.

Pentru a răsturna prezumția de insolvență, în ipoteza în care judecătorul-sindic constată că titularul cererii de deschidere a

¹ Ibidem.

² C.B. Nasz, Caracterul datoriilor care fac obiectul procedurii insolvenței, loc. cit., p. 261.

³ I. Turcu, Codul insolvenței. Legea nr. 85/2014. Comentariu pe articole, ed. a 5-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 201.

procedurii insolvenței a dovedit că are o creanță utilă, debitorul va trebui, în condițiile art. 327-329 C.proc.civ., să probeze că lichiditățile disponibile ale acestuia depășesc valoarea creanței ce face obiectul cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de către creditor¹.

Probele care pot determina răsturnarea prezumției de insolvență trebuie să fie concludente, printre acestea numărându-se extrase de cont și bilanțe financiar contabile², fluxuri de numerar³, din care să rezulte că debitorul are disponibil în cont și poate face față serviciului datoriei, împrejurare ce demonstrează că nu se află în insolvență. Odată făcută această probă, chiar și în ipoteza în care creditorul posedă un titlu executoriu, recuperarea creanțelor va urma să se realizeze prin procedura de executare silită, iar nu în cadrul procedurii insolvenței, întrucât deschiderea procedurii insolvenței este o situație de excepție, caracterizată prin insuficiența activului sau insuficiența lichidităților⁴. Or, demonstrat fiind contrariul prin probarea existenței de lichidități în conturile debitorului, starea de insolvență nu poate exista, cererea de deschidere a procedurii urmând a fi respinsă în consecință.

2.2. Insolvența iminentă

Insolvența iminentă este definită la art. 5 pct. 29 lit. b) din Codul insolvenței și reprezintă acea stare a patrimoniului debitorului ce nu-i va permite acestuia să plătească la scadență datoriile exigibile angajate, cu fonduri disponibile la data scadenței.

Invocarea insolvenței iminente ca temei al deschiderii procedurii insolvenței poate fi făcută exclusiv de către debitor prin inter-

¹ C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 1109/09.07.2009.

² St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 175.

³ Trib. Iași, Secția comercială, sentința nr. 216/S/09.04.2009, în Jurisprudența I.

⁴ C.A. Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 166/13.02.2007, nepublicată, citată de St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 176.

mediul unei cereri voluntare. Creditorul nu poate invoca în cererea de deschidere a procedurii insolvenței art. 5 pct. 29 lit. b), deoarece art. 66 alin. (4) din Codul insolvenței vorbește doar despre posibilitatea debitorului de a formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței în ipoteza în care apariția stării de insolvență este iminentă. Un argument în același sens, cu privire la imposibilitatea invocării prevederilor art. 5 pct. 29 lit. b) din Codul insolvenței de către un creditor, este legat de faptul că definiția *creditorului îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței* (art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței) se suprapune pe definiția insolvenței prezumate [art. 5 pct. 29 lit. a) din Codul insolvenței], împrejurare ce determină concluzia conform căreia creditorul, pentru a solicita deschiderea procedurii insolvenței, poate apela exclusiv la prevederile art. 5 pct. 29 lit. a) din Codul insolvenței – anume la insolvența prezumată – fără a avea posibilitatea probării stării iminente de insolvență, mecanism ce este pus doar la îndemâna debitorului.

Prin urmare, legea – prin interpretarea coroborată a prevederilor art. 66, art. 72, art. 5 pct. 20 și art. 5 pct. 29 din Codul insolvenței – nu permite creditorului să-și întemeieze cererea de deschidere a procedurii insolvenței pe existența insolvenței iminente. Ne raliem acestei opinii¹, considerând că cea contrară², conform căreia creditorul ar fi în măsură să solicite deschiderea procedurii insolvenței bazându-se pe o stare de insolvență iminentă, nu este justificată. În această opinie, criticabilă, se arată că un creditor va trebui să probeze starea viitoare a patrimoniului debitorului, caracterizată prin insuficiența fondurilor bănești disponibile, pentru a proba insolvența iminentă. Acest aspect, pe lângă faptul că încalcă exigențele textelor anterior citate, este, dacă nu imposibil, extrem de dificil de probat de către creditori.

¹ N. Tăndăreamu, Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 201.

² I. Adam, C.N. Șavu, op. cit., p. 84.

§3. Procedura de judecată

Procedura de judecată a cererii de deschidere a procedurii insolvenței este reglementată de prevederile art. 41 și art. 72 din Codul insolvenței.

Pentru a identifica regulile în funcție de care se judecă cererea creditorilor de deschidere a procedurii insolvenței, vor fi avute în vedere prevederile art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței. Textul citat stabilește că, **exceptând cererile de deschidere a procedurii de insolvență** ori alte cazuri în care legea prevede termene speciale, toate cererile, contestațiile, acțiunile întemeiate pe dispozițiile prezentului capitol se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă cu privire la judecata în primă instanță, cu mențiunea că termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 15 zile de la comunicare, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul-sindic fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 5 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției. Bineînțeles că este vorba despre o exceptare de la aplicarea termenelor dictate de art. 201 C.proc.civ., iar nicidecum de o exceptare a aplicării instituției fixării primului termen de judecată astfel cum este ea zugrăvită în noua reglementare. În plus, același art. 41 alin. (4), dar teza a III-a din Codul insolvenței stabilește, cu titlu general, că în cazul cererii de deschidere a procedurii insolvenței nu sunt aplicabile dispozițiile art. 200 C.proc.civ. În ipoteza reglementată de textul legal nu se distinge între cererea voluntară și cea a creditorului, motiv pentru care derogarea de la parcurgerea procedurii de verificare și regularizare a cererii de chemare în judecată va opera pentru ambele situații (atât pentru cererile creditorilor, cât și pentru cele ale debitorilor).

Dacă în privința cererilor voluntare de deschidere a procedurii insolvenței excluderea reglementată de art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței este firească, întrucât procedura este una necontencioasă, menținerea acestei excluderi și în privința cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditori reprezintă, într-adevăr, *o noutate*.

Revenind la prevederile art. 72 din Codul insolvenței, observăm o lipsă de reglementare în ceea ce privește modalitatea de fixare a primului termen de judecată. Într-adevăr, textul art. 72 din Codul insolvenței reglementează modalitatea de comunicare a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, a contestației formulate de debitor, instituind termene concrete înăuntrul cărora aceste acte de procedură trebuie comunicate părților, însă lipsește modalitatea în care va fi fixat primul termen de judecată.

Cel mai probabil instanțele de judecată vor fixa primul termen de judecată odată cu primirea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, din inerția generată de aplicarea Codului de procedură civilă din 1865. O asemenea procedură însă nu ar fi sprijinită pe niciun text legal, întrucât regula generală în privința fixării primului termen de judecată este cea de la art. 201 C.proc.civ., *de lege lata* neexistând nicio prevedere care să permită instanței să fixeze primul termen de judecată la momentul primirii cererii de deschidere a procedurii insolvenței [face excepție cererea voluntară care, conform art. 66 alin. (10) din Codul insolvenței, trebuie să primească termen în 10 zile de la momentul depunerii cererii].

3.1. Fixarea primului termen de judecată

În termen de 48 de ore cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenței va trebui comunicată debitorului. Termenul de 48 de ore este unul de recomandare, textul din Codul insolvenței nu conține nicio sancțiune pentru nerespectarea acestuia.

Debitorul însă este dator ca în termen de 10 zile de la primirea cererii de deschidere a procedurii insolvenței fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență. Acest termen este unul de decădere, în sensul prevederilor art. 185 C.proc.civ., a cărui nerespectare este sancționată cu nulitatea contestației și, implicit, lipsirea de orice efecte a acestui act de procedură. Tot în cadrul contestației, potrivit prevederilor art. 72 alin. (1) din Codul insolvenței debitorul poate solicita ca judecătorul-sindic să dispună în sarcina creditorului consemnarea, la o bancă, a unei cauțiuni de 10% din valoarea creanței, dar nu mai mult de 40.000 lei.

Debitorul va putea solicita consemnarea cauțiunii doar în termenul de 10 zile reglementat de art. 72 alin. (3) din Codul insolvenței, solicitarea ulterioară nefiind aptă să producă efecte juridice. Judecătorul-sindic se va pronunța asupra solicitării de consemnare a cauțiunii fără citarea părților, în camera de consiliu, comunicând această măsură creditorului odată cu transmitere contestației. Creditorul va fi obligat să consemneze cauțiunea solicitată de judecătorul-sindic în termen de 5 zile de la comunicarea acestei măsuri, sancțiunea pentru neîndeplinirea acestei obligații fiind respingerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Textul art. 72 alin. (1) din Codul insolvenței nu vorbește despre ipoteza în care cauțiunea este consemnată cu întârziere, dar până la termenul fixat pentru judecata cererii și a contestației. În această situație, considerăm că ar trebui aplicate, prin analogie, prevederile art. 177 C.proc.civ., conform cărora actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia. Astfel, instanța va trebui să observe că neregularitatea a fost acoperită, urmând a păși spre judecata cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

Creditorul va putea răspunde la contestația formulată de debitor printr-un act de procedură similar răspunsului la întâmpinare. Acest răspuns la contestația debitorului va trebui comunicat debitorului, deoarece prevederile Codului insolvenței nu conțin prevederi cu privire la obligația debitorului de a lua cunoștință de la dosarul cauzei de acest act de procedură. Această concluzie se sprijină pe principiul fundamental al procesului civil reglementat la art. 13-14 C.proc.civ. – dreptul la apărare și principiul contradictorialității – conform cărora părțile pot să ia cunoștință de cuprinsul dosarului, să propună probe, să își facă apărări, să își prezinte susținerile în scris și oral. Totodată, părțile trebuie să își facă cunoscute reciproc și în timp util, direct sau prin intermediul instanței, după caz, motivele de fapt și de drept pe care își întemeiază pretențiile și apărările, precum și mijloacele de probă de care înțeleg să se folosească, astfel încât fiecare dintre ele să își poată organiza apărarea.

3.2. Judecata propriu-zisă a cererii de deschidere a procedurii insolvenței

Pe plan probator, va fi admisibilă exclusiv proba cu înscrisuri, astfel cum prevăd dispozițiile art. 72 alin. (3) teza a II-a din Codul insolvenței.

Judecătorul-sindic va analiza condițiile de admisibilitate a cererii de deschidere a procedurii insolvenței (valoare-prag, caracter cert, vechimea creanței) și *fie va respinge cererea creditorului, care va fi considerată ca lipsită de orice efect chiar de la înregistrarea ei, fie va admite cererea creditorului și va deschide, după caz, procedura generală a insolvenței ori procedura simplificată.*

Deși cererea de deschidere a procedurii insolvenței trebuie judecată cu celeritate, se observă că prevederile Codului insolvenței nu au reglementat o derogare de la textul art. 244 C.proc.civ. În aceste condiții, la momentul la care judecătorul se va considera lămurit, prin încheiere, va declara cercetarea procesului încheiată și va fixa termen pentru dezbaterea fondului în ședință publică, aceasta dacă părțile nu și-au exprimat acordul cu privire la posibilitatea ca dezbaterea fondului să urmeze în camera de consiliu, în aceeași zi sau la un alt termen [art. 244 alin. (3) C.proc.civ.]. Această regulă, a obligației judecătorului de a închide cercetarea judecătorească și de a fixa un nou termen în vederea dezbaterilor în fond, își va găsi aplicarea și în prezent, chiar dacă regula potrivit căreia cercetarea judecătorească trebuie să se desfășoare în camera de consiliu este amânată până la începutul anului 2016. Prin urmare, indiferent dacă cercetarea judecătorească cu privire la cererea de deschidere a procedurii insolvenței, respectiv a contestației debitorului are loc în ședință publică, odată cu închiderea cercetării judecătorești, judecătorul va fixa un nou termen de judecată în vederea dezbaterilor asupra fondului și va pune în vedere părților să redacteze note privind susținerile lor și să le depună la dosar cu cel puțin 5 zile înainte de termenul astfel stabilit, fără a aduce atingere dreptului acestora de a formula concluzii orale.

3.3. Cazurile de conexitate

3.3.1. Cazurile de conexitate între cererile creditorilor și cea a debitorului

Acestea sunt reglementate în cadrul art. 66 din Codul insolvenței ce reprezintă sediul materiei în privința cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței.

Într-o primă ipoteză, cea reglementată de alin. (6) al art. 66, se menționează faptul că depunerea unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, ulterior investirii instanței de judecată cu o cerere formulată de un creditor, are ca efect paralizarea cererii creditorului. Judecătorul-sindic va soluționa cererea debitorului în procedură necontencioasă, prin aceeași încheiere judecătorească dispunând conexarea cererilor creditorilor.

Repartizarea cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței nu se va face la același complet investit cu cererea creditorului, ci în mod aleatoriu. Judecătorul astfel investit, anterior pronunțării asupra cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței va fi dator să conexeze cererile creditorilor la cererea debitorului. În funcție de soluția pronunțată asupra cererii voluntare, cererile creditorilor vor căpăta regimuri juridice diferite:

(i) în ipoteza admiterii cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, cererile creditorilor vor fi recalificate drept declarații de creanță;

(ii) în ipoteza respingerii cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, cererea creditorului/creditorilor vor fi soluționate potrivit art. 72 și urm. din Codul insolvenței de același complet ce a fost inițial investit cu soluționarea cererii debitorului.

Cea de-a doua ipoteză, reglementată de alin. (7) al art. 66 din Codul insolvenței, vizează situația în care, ulterior înregistrării cererii debitorului, dar înainte de soluționarea acesteia, sunt formulate cereri de deschidere a procedurii de către creditorii. Soluția este că acestea se vor înregistra direct la cererea formulată de debitor, în acest sens urmând ca serviciul de registratură să efectueze verificări, din oficiu. În egală măsură cu ipoteza reglementată la alin. (6) al art. 66 din Codul insolvenței, în cazul admiterii acesteia,

cererile creditorilor se vor califica drept declarații de creanță, iar în cazul respingerii sale se vor soluționa cererile creditorilor, potrivit art. 72 și urm. din Codul insolvenței.

3.3.2. Conexitatea în caz de pluralitate a cererilor formulate de creditori

Aceasta este reglementată de art. 70 alin. (3)-(4) din Codul insolvenței. Astfel, dacă între momentul înregistrării cererii de către un creditor și cel al judecării acestei cereri sunt formulate cereri de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul, prin serviciul de registratură, va verifica, din oficiu, la data înregistrării, existența dosarului pe rol și va înregistra cererea la dosarul care are stabilit un termen mai scurt.

Cererea sau, după caz, cererile nou formulate vor fi comunicate debitorului, în vederea acordării posibilității de a formula contestație, iar judecarea cererilor de deschidere a procedurii insolvenței, respectiv a contestațiilor debitorului se va realiza în raport cu valoarea însumată a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri, în vederea îndeplinirii condiției valorii-prag de 40.000 lei.

3.4. Suspendarea cauzei în temeiul art. 413 C.proc.civ.

Suspendarea cauzei pentru motivele indicate în textul art. 413 C.proc.civ. nu poate fi aplicată în litigiile ce vizează deschiderea procedurii insolvenței. Asemenea litigii reclamă derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, potrivit prevederilor art. 4 pct. 3 din Codul insolvenței. În aceste condiții, potrivit principiilor specifice procedurii insolvenței, considerăm că instituția suspendării este incompatibilă cu procesele ce au ca obiect deschiderea procedurii insolvenței¹.

¹ C.A. Ploiești, Secția a II-a civilă, decizia nr. 4319/2014, în B.C.A. nr. 12/2014, p. 26-27.

3.5. Suspendarea operațiunilor de înstrăinare a unor bunuri sau drepturi patrimoniale importante din averea debitorului

Conform prevederilor art. 70 alin. (5) din Codul insolvenței, creditorul care are înregistrată o cerere de deschidere a procedurii, în cazuri urgente, până la data judecării cererii, poate solicita judecătorului-sindic pronunțarea unei ordonanțe președințiale prin care să dispună măsuri vremelnice, în scopul suspendării operațiunilor de înstrăinare a unor bunuri sau drepturi patrimoniale importante din averea debitorului, sub sancțiunea nulității, precum și măsuri de conservare a acestor bunuri.

Procedura de suspendare, pe cale de ordonanță președințială a operațiunilor de înstrăinare a unor bunuri sau drepturi patrimoniale de către debitor, anterior deschiderii procedurii insolvenței, este extrem de benefică, deoarece sunt cazuri în care judecata unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței poate dura și un an de zile, timp în care debitorul este liber să-și înstrăineze activele, din dorința de a nu fi supuse procedurii concursuale de satisfacere a creanțelor creditorilor.

Procedura reglementată de art. 70 alin. (5)-(6) din Codul insolvenței îmbracă regimul juridic al ordonanței președințiale, condițiile de admisibilitate reglementate de art. 997-1002 C.proc.civ. urmând a fi aplicate în consecință.

Suplimentar acestor condiții (urgență, vremelnicie), creditorul va trebui să probeze că bunurile, respectiv drepturile patrimoniale ce se doresc a fi înstrăinate din averea debitorului sunt importante. Textul de lege nu indică criteriul în funcție de care bunurile ar trebui să aibă această caracteristică – bunuri importante – însă considerăm că ele trebuie să fie importante atât din perspectiva valorii, cât și din perspectiva posibilității continuării activității debitorului, anume să facă parte din *core business*.

În ceea ce privește procedura de judecată a cererii de suspendare a operațiunilor de înstrăinare a unor bunuri sau drepturi patrimoniale importante din averea debitorului, aceasta este reglementată de alin. (6) al art. 70 din Codul insolvenței. Astfel, judecata se face de urgență, în camera de consiliu, fără citarea creditorului care a

formulat cererea și nici a debitorului. Măsura va fi încuviințată vremelnic, până la data soluționării cererii de deschidere a procedurii.

În ceea ce privește necesitatea achitării unei cauțiuni, spre deosebire de procedura reglementată de art. 66 alin. (11) din Codul insolvenței, art. 70 alin. (6) instituie posibilitatea instanței de a-l obliga pe creditor la plata unei cauțiuni de până la 10% din valoarea creanței pretinse, care va putea fi folosită de debitor pentru acoperirea daunelor produse în cazul respingerii cererii de deschidere a procedurii. Întrucât textul de lege folosește expresia „creditorul poate fi obligat”, înseamnă că instanța nu este obligată să dispună achitarea unei cauțiuni, rămânând la aprecierea ei suverană dacă și în ce quantum va trebui achitată cauțiunea, bineînțeles până în plafonul maxim de 10%.

§4. Apelul

Sediul materiei procedurii de judecată a apelului împotriva hotărârilor pronunțate cu privire la cererea de deschidere a procedurii insolvenței se regăsește în art. 43 alin. (3)-(7) din Codul insolvenței. Aceste texte de lege reglementează atât procedura de judecată a cererii de suspendare a hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței (hotărâre care, prin derogare de la prevederile de drept comun, este executorie, apelul neavând efect suspensiv de executare), cât și norme specifice materiei insolvenței privitoare la fixarea primului termen de judecată, respectiv în legătură cu hotărârile pe care le poate pronunța Curtea de Apel investită cu judecata apelului.

4.1. Suspendarea hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței

Conform celor arătate anterior, art. 43 alin. (4) din Codul insolvenței derogă de la prevederile Codului de procedură civilă, stabilind cu titlu de principiu că apelul nu suspendă executarea hotărârilor judecătorului-sindic. Concomitent cu această prevedere, același articol de lege, de data aceasta la alin. (5) lit. a), regle-

mentează posibilitatea debitorului de a solicita suspendarea caracterului executoriu al hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței. Trebuie observată diferența, spunem noi, extrem de benefică a noii reglementări față de cea din Legea nr. 85/2006 care permitea formularea unei cereri de suspendare exclusiv în ipoteza în care debitorul a formulat contestație împotriva cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Spunem că este o modificare benefică deoarece în practică se întâlneau situații în care deschiderea procedurii insolvenței se pronunța în condiții de nelegală citare a debitorului care, în mod evident, nu avea posibilitatea să formuleze contestație, împrejurare în care debitorul se vedea vătămat de posibilitatea de a formula o cerere de suspendare a executării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței, fără să se fi aflat în vreo culpă procesuală.

Cererea de suspendare a caracterului executoriu se poate formula în două etape: (i) o cerere de suspendare provizorie, până la momentul judecării cererii de suspendare din cadrul apelului; (ii) o cerere de suspendare formulată odată cu apelul sau depusă în cadrul dosarului de apel. Debitorul nu este obligat să apeleze la ambele proceduri, putându-se mărgini exclusiv la cererea de suspendare din cadrul apelului.

(i) *Cererea de suspendare provizorie*, pe cale de ordonanță președințială, a cererii de deschidere a procedurii insolvenței prezintă o serie de avantaje importante, deoarece este o procedură extrem de rapidă, la care se poate apela inclusiv în ipoteza în care hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței nu a fost redactată, cu respectarea prevederilor art. 450 C.proc.civ.

Competența judecării cererii de suspendare revine instanței de apel, care va încuviința suspendarea numai după ce partea care a solicitat suspendarea a plătit, în prealabil, **cauțiunea** fixată de instanță potrivit dispozițiilor art. 719 alin. (3) C.proc.civ., cererea de deschidere a procedurii insolvenței fiind una necvaluabilă în bani, cauțiunea necesar a fi consemnată în aceste materii fiind de 1.000 lei.

În ipoteza cererii de suspendare provizorie a hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței, aceasta va fi depusă direct la instanța de apel, dispozițiile art. 450 alin. (2) C.proc.civ. impunând

anexarea la cerere a copii legalizate de pe dispozitivul hotărârii. În doctrină¹ s-a apreciat, pe bună dreptate, că această cerință va fi îndeplinită și în situația în care, alăturat cererii de suspendare, partea depune un certificat de grefă emis de către instanța care a pronunțat hotărârea. În egală măsură, același autor reține, chiar în lipsa unei prevederi legale exprese, că va fi necesară depunerea, pe lângă copia legalizată a minutei ori, după caz, a certificatului de grefă, a dovezii exercitării căii de atac a apelului. Bineînțeles că această condiție de admisibilitate a exercitării apelului va fi îndeplinită și în situația în care partea va formula numai o declarație de apel. Aceasta întrucât cererea de suspendare va putea fi promovată chiar și înainte de redactarea hotărârii, caz în care partea care a pierdut procesul nu va putea formula, în cunoștință de cauză, un apel motivat. Totodată, în cadrul declarației de apel, pentru respectarea imperativului dictat de prevederile art. 450 alin. (5) C.proc.civ., va fi necesară formularea unei cereri de suspendare a caracterului executoriu al sentinței de deschidere a procedurii insolvenței. Art. 450 alin. (5) C.proc.civ. stabilește că până la soluționarea cererii de suspendare, aceasta va putea fi încuviințată provizoriu, prin ordonanță președințială, chiar înainte de sosirea dosarului, aspect ce impune drept condiție de admisibilitate a cererii de suspendare provizorie, formularea unei cereri distincte de suspendare, în cadrul apelului.

Suspendarea provizorie va putea fi încuviințată doar pe cale de ordonanță președințială, urmând a fi soluționată într-un complet format dintr-un singur judecător. Conform prevederilor art. 719 alin. (6) C.proc.civ. la care face trimitere art. 450 alin. (3) C.proc.civ., instanța se va pronunța asupra cererii de suspendare provizorie printr-o încheiere dată cu citarea părților și atacabilă numai cu apel, în mod separat. Termenul de apel va fi de 5 zile de la pronunțare, pentru partea prezentă, respectiv de la comunicare, pentru cea lipsă. În această ipoteză, a formulării unei cereri de apel împotriva hotărârii date cu privire la cererea de suspendare provizorie a sentinței de deschidere a procedurii insolvenței, ne vom afla

¹ C. Antonache, în *Colectiv*, Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații, op. cit., comentariul art. 450 (www.legalis.ro).

într-o situație inedită, deoarece cererea de apel va trebui, în mod firesc, judecată de instanța ierarhic superioară care, în acest caz, va fi Înalta Curte de Casație și Justiție, instanță care, prin natura ei, judecă în materie civilă exclusiv recursuri.

(ii) *Cererea de suspendare formulată odată cu apelul sau depusă în cadrul dosarului de apel* este reglementată de aceleași prevederi ale art. 450 C.proc.civ. În vederea obținerii suspendării, debitorul va fi dator să achite o cauțiune, conform prevederilor art. 719 alin. (3) C.proc.civ. În ipoteza în care debitorul a formulat și o cerere de suspendare provizorie, cauțiunea achitată conform acelei proceduri va fi deductibilă din cauțiunea necesară procedurii de suspendare ce se judecă în cadrul apelului [art. 719 alin. (7) teza a II-a C.proc.civ.].

Judecata cererii de suspendare se face de către completul investit cu judecata apelului, fie la primul termen fixat pentru judecata apelului, fie la un termen anterior acestuia [art. 450 alin. (4) coroborat cu art. 719 alin. (7) teza a II-a C.proc.civ.].

În ipoteza în care cererea de suspendare formulată în cadrul apelului este respinsă, iar anterior debitorul a formulat și a obținut o hotărâre de suspendare provizorie, pe cale de ordonanță președințială, suspendarea caracterului executoriu al hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței încetează de drept.

4.2. Apelul împotriva sentinței pronunțate cu privire la cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditori

Conform prevederilor art. 43 alin. (2) din Codul insolvenței termenul de apel este de 7 zile de la comunicarea hotărârii realizată prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență.

Apelul va fi judecat de urgență, de complete specializate. Citarea apelanților, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a intimaților în apel și comunicarea deciziilor pronunțate se fac prin Buletinul procedurilor de insolvență, dacă apelul este formulat împotriva unei hotărâri de deschidere a procedurii insolvenței. În ipoteza în care cererea a fost respinsă, întrucât nu se poate considera că suntem în fața unei proceduri de insolvență deschise,

actele de procedură vor trebui comunicate conform dreptului comun, și anume conform prevederilor Codului de procedură civilă. Prevederile legale referitoare la modalitatea de citare nu acoperă însă ipoteza în care hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței a fost suspendată până la judecarea apelului. În mod similar cu ipoteza apelului împotriva respingerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței, opinăm în sensul că citarea se va face tot conform prevederilor de drept comun (efectele deschiderii procedurii insolvenței fiind suspendate).

Dacă efectele hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței nu au fost suspendate, instanțele judecătorești vor transmite actele de procedură în cauză, din oficiu, pentru publicare în Buletinul procedurilor de insolvență, procedura urmând a se considera îndeplinită dacă citația se publică cu cel puțin 5 zile calendaristice înainte de data stabilită pentru înfățișare.

În vederea soluționării apelului, tribunalul trimite la Curtea de Apel, în copie certificată, întreg dosarul.

Cu privire la **modalitatea de fixare a primului termen de judecată**, sunt relevante prevederile art. 43 alin. (3) din Codul insolvenței, conform cărora apelul se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, cu următoarele derogări: termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 10 zile de la comunicarea cererii și a motivelor de apel, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul-sindic fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 3 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției. Împrejurarea că prin art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței cererea de deschidere a procedurii insolvenței a fost exceptată de la procedura de verificare, nu prezintă nicio relevanță cu privire la aplicabilitatea prevederilor art. 43 alin. (3) din Codul insolvenței.

Hotărârile pe care le poate pronunța Curtea de Apel cu privire la apelul împotriva sentinței pronunțate cu privire la cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditori pot fi clasificate în două categorii.

(i) *Prima categorie* conține acele ipoteze în care instanța de apel menține hotărârea instanței de fond cu privire la admiterea sau

respingerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, respectiv acele situații în care instanța de apel modifică hotărârea instanței de fond în sensul respingerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Hotărârile clasificate în această categorie au regimul juridic de drept comun, fiind hotărâri de respingere a apelurilor și menținerea sentințelor atacate, respectiv hotărâri prin care apelul este admis, iar sentința este modificată în sensul respingerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

(ii) În cea de a doua categorie intră hotărârile prin care instanța admite apelul creditorilor cu privire la hotărârea instanței de fond prin care a fost respinsă cererea de deschidere a procedurii insolvenței. În această ipoteză, textul art. 43 alin. (7) din Codul insolvenței impune Curții de Apel investite cu soluționarea apelului declarat împotriva hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, ca, în ipoteza în care găsește că trebuie admis apelul, să anuleze hotărârea atacată și să trimită cauza judecătorului-sindic, pentru deschiderea procedurii insolvenței.

§5. Cererea de deschidere a procedurii insolvenței – instrument de presiune

5.1. Rațiunea care stă la baza folosirii cererii de deschidere a procedurii insolvenței ca instrument de presiune

Tot mai des, în fața instanțelor de judecată, sunt formulate cereri de deschidere a procedurii insolvenței al căror unic scop este acela de a pune presiune pe debitorul care nu-și achită datoriile, indiferent dacă acestea sunt sau nu reale. Bineînțeles că vorbim despre acele situații în care debitorul nu dorește, din varii motive, să achite creanța invocată de creditor, deoarece în cazurile în care debitorul nu poate achita creanța nu mai vorbim de un instrument de presiune, ci de o uzitare normală a prevederilor Codului insolvenței, debitorul, în aceste din urmă situații, fiind, în mod evident, în stare de insolvabilitate.

Această practică va fi încurajată de Codul insolvenței, prin prevederile art. 72 alin. (6), care permite deschiderea procedurii insolvenței dacă debitorul nu plătește creanța creditorului până la închiderea dezbaterilor, iar judecătorul-sindic stabilește că debitorul este în stare de insolvență. Această „condiție”, anume neplata creanței până la închiderea dezbaterilor, era subînțeleasă și în reglementarea anterioară. Trebuie însă criticată reglementarea expresă a acestei condiții, întrucât creditorii vor fi practic invitați să apeleze la această procedură în locul celei de drept comun, în vederea recuperării creanțelor. Efectul acestei reglementări va fi acela că împotriva unei cereri de despăgubiri formulate de debitor, întemeiată pe abuzul de drept exercitat de creditor la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței, acesta din urmă se va putea apăra supunând că prevederile art. 72 alin. (6) din Codul insolvenței reglementează această posibilitate, anume de a-i fi achitate creanțele până la rămânerea în pronunțare asupra cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Or, nu credem că scopul legiuitorului a fost acela de a-i permite creditorului exercitarea abuzivă a drepturilor conferite de Codul insolvenței.

Rațiunea apelării la această procedură, în locul celei de drept comun, poate fi, la o primă vedere, lesne de înțeles. Astfel, *în primul rând*, pentru creditor efortul material generat de o cerere de deschidere a procedurii insolvenței este extrem de redus. Taxa de timbru nu va fi achitată la valoarea creanței, ci, conform art. 14 alin. (1) din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru, acțiunile, cererile, obiecțiunile, contestațiile introduse la instanțele judecătorești în temeiul Codului insolvenței, se taxează cu 200 lei.

În altă ordine de idei, pentru debitor este extrem de neconfortabilă existența pe rolul instanțelor de judecată a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței. Această împrejurare nu este văzută în nicio situație cu „ochi buni” de către partenerii contractuali ai debitorului care vor exercita la rândul lor o presiune față de acesta, „cerând socoteală” în legătură cu existența cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Presiunea insolvenței va fi resimțită de debitor care, dorind să rezolve această problemă, va încerca să pună capăt cererii de deschidere a procedurii insolvenței

cât mai rapid. În atari condiții, debitorul va putea ceda în fața „șantajului” făcut de creditor, achitând creanțele ce-i sunt opuse.

Este posibil ca debitorul să achite o sumă mai mare decât cea datorată efectiv – dacă prin cererea creditorului de deschidere a procedurii insolvenței se pretinde o sumă mai mare decât cea reală – tocmai pentru a anihila imaginea negativă produsă de existența pe rolul instanțelor de judecată a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței. Ulterior, în mod firesc, debitorul se va putea adresa instanțelor judecătorești, cu o cerere de restituire a sumei achitate sau a acelei părți din ea care nu este datorată, în contradictoriu cu pretinsul creditor. Această cerere va putea fi formulată în temeiul art. 1341-1344 C.civ., texte ce reglementează instituția plății nedatorate. Este de preferat, pentru a evita complicațiile juridice legate de admisibilitatea sau nu a unei cereri de restituire a sumelor plătite în mod nedatorat, debitorul, odată cu efectuarea plății, să îl notifice pe creditorul său că plata creanței invocate prin cererea de deschidere a procedurii insolvenței este considerată a fi nedatorată, cu mențiunea că debitorul își rezervă dreptul ca ulterior să-l acționeze pe creditor în instanță pentru recuperarea sumelor achitate cu unicul scop de a scăpa de stigmatul cererii de insolvență formulate.

În vederea nașterii un raport juridic specific plății nedatorate, este necesar ca persoana care efectuează plata să fie încredințată că are de executat obligația respectivă în relație cu *accipiensul*¹. Convingerea că plata era una datorată trebuie să fie rezultatul unei erori, a dolului și, în completarea opiniei citate, spunem noi, a violenței. Or, în această situație, se poate considera că cel împotriva căruia s-a formulat o cerere de deschidere a procedurii insolvenței a fost determinat să achite pretinsa datorie sub imperiul violenței, și anume a amenințării cu deschiderea procedurii insolvenței. Bineînțeles că *solvensul*, în conformitate cu prevederile art. 1341 alin. (3) C.civ., va trebui să răstoarne prezumția relativă conform căreia plata s-a făcut cu intenția de a stinge o datorie, în acest sens urmând a juca un rol hotărâtor notificarea despre care am făcut

¹ G. Uluitu, în *F.L.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei* (coord.), op. cit., 2012, p. 1396.

vorbire mai sus, prin care debitorul ar trebui să-l încunoștințeze pe creditor că își rezervă dreptul de a-l acționa în instanță pentru recuperarea sumelor achitate, considerându-le nedatorate.

5.2. Riscurile la care se supune creditorul

Pe lângă beneficiile pe care le poate prezenta cererea de deschidere a procedurii insolvenței, această procedură comportă și o serie de riscuri care trebuie să fie avute în vedere de creditor la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

Bineînțeles că, dacă debitorul nu are disponibilități bănești și nici bunuri a căror lichidare prin procedura de executare silită să fie facil de realizat, riscurile creditorului sunt minime, deoarece este evident că nici pe calea dreptului comun nu-și va vedea achitate creanțele.

Cu toate acestea, dacă debitorul poate fi executat silit cu succes, creditorul care formulează cererea de deschidere a procedurii insolvenței în scopul de a-l determina pe debitor să-și achite de bunăvoie debitele, se supune unui risc destul de ridicat, și anume acela al deschiderii procedurii insolvenței, procedură ce are un caracter concursual.

În conformitate cu cele reglementate în Codul de procedură civilă, și anume art. 462, părțile pot tranzacționa inclusiv în calea de atac. Prin urmare, în ipoteza în care cererea de deschidere a procedurii insolvenței este admisă, valența sa de instrument de presiune subzistă în ipoteza în care debitorul atacă hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței, întrucât creditorul poate, cel puțin teoretic, să renunțe la cererea de deschidere a procedurii insolvenței, încheind în acest mod o tranzacție cu debitorul. Mai mult, conform art. 409 C.proc.civ., creditorul poate renunța la dreptul pretins (la creanța ce stă la baza cererii de deschidere a procedurii insolvenței) inclusiv în calea de atac, hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței fiind, în acest mod, anulată.

Suplimentar celor evocate mai sus, prevederile Codului insolvenței mai pun la îndemâna creditorului procedura reglementată de art. 178 care permite închiderea procedurii insolvenței, printre altele, în ipoteza în care toți creditorii din tabelul definitiv renunță

la judecată. O astfel de variantă va putea reprezenta „o monedă de negociere” între creditor și debitor în vederea închiderii procedurii insolvenței. Bineînțeles că o astfel de înțelegere va putea fi perfectată mult mai greu (nefiind apanajul unui singur creditor, textul de lege impunând acordul tuturor creditorilor).

Așadar, în lipsa unei înțelegeri în vederea stingerii procedurii insolvenței, creditorul ce a inițiat procedura insolvenței, în speranța unei recuperări mai rapide a creanțelor sale și cu costuri mai reduse, se va vedea în situația în care nu-și va mai putea recupera în întregime creanța, fiind captiv într-o procedură de executare colectivă ce poate dura ani de zile.

5.3. Abuzul de drept

Folosirea prevederilor Codului insolvenței ca instrument de presiune pentru recuperarea creanțelor poate îmbracă haina abuzului de drept. Abuzul de drept este reglementat atât în Codul civil, la art. 15, cât și în Codul de procedură civilă, la art. 12, care vorbește despre buna-credință în exercitarea drepturilor procesuale.

Textul art. 15 C.civ. statuează în sensul că niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori, într-un mod nerezonabil, contrar bunei-credințe. Conform art. 14 alin. (2) C.civ., buna-credință se prezumă, de aceea sarcina probei în a demonstra abuzul de drept pe care îl săvârșește creditorul prin formularea cererii de deschidere a procedurii insolvenței cade în sarcina debitorului care va putea invoca abuzul de drept prin contestația la cererea de deschidere a procedurii insolvenței.

Art. 12 C.proc.civ. vine și întărește regula instituită de art. 15 C.civ., stabilind extrem de clar și de precis că drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege. Sancțiunea dictată pentru nerespectarea acestui deziderat este stabilită la alin. (2) al art. 12 C.proc.civ. care obligă partea care își exercită drepturile procesuale în mod abuziv să răspundă pentru prejudiciile materiale și morale cauzate. Ea va putea fi obligată, potrivit legii, inclusiv la plata unei amenzi judiciare.

La rândul său, Codul insolvenței conține reglementări autonome privitoare la sancționarea abuzului de drept procesual. În acest sens sunt prevederile art. 72 alin. (1) din Codul insolvenței care acordă posibilitatea judecătorului-sindic ca, la cererea debitorului, să-l oblige pe creditor să depună o cauciune în cuantum de 10% din valoarea creanței invocate, în scopul de a fi folosită ulterior pentru acoperirea prejudiciilor materiale și de imagine provocate debitorului, dacă se adevărește că cererea de deschidere a procedurii insolvenței este neîntemeiată și a îmbrăcat haina abuzului de drept. Spre deosebire de reglementarea anterioară (Legea nr. 85/2006), Codul insolvenței impune un plafon maxim al acestei cauciuni, anume 40.000 lei. Noua limitare a valorii cauciunii este benefică și are rolul de a normaliza această instituție. Anterior, în temeiul Legii nr. 85/2006, erau întâlnite situații în practică în care creanța invocată drept temei al cererii de deschidere a procedurii insolvenței să aibă un cuantum ridicat, de ordinul milioanelei de euro, ceea ce făcea ca implicit valoarea cauciunii să fie extrem de ridicată, producându-se astfel un efect descurajator în a formula cereri de deschidere a procedurii insolvenței, prin îngrădirea în mod nepermis a liberului acces la justiție, astfel cum este el reglementat de art. 5 C.proc.civ. și art. 21 din Constituție.

Scopul final (*causa remota*) al formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței trebuie să fie acela al regularizării, al asanării comerțului prin eliberarea mediului de afaceri de acei comercianți care nu sunt în măsură să-și onoreze obligațiile. Prin urmare, exercitarea drepturilor procesuale trebuie să aibă scopul reglementat de art. 1 C.proc.civ., și anume acela de a se înfăptui justiția. Or, în funcție de instituțiile juridice folosite, scopul înfăptuirii justiției este diferit. Întrucât obiect al cercetării o face procedura insolvenței, trebuie să analizăm care este scopul acestei proceduri pentru a identifica scopul înfăptuirii justiției prin procedura insolvenței, respectiv prin cererea de deschidere a procedurii insolvenței. În acest sens sunt elocvente prevederile art. 2 din Codul insolvenței, care arată că scopul procedurilor de insolvență este acela de a acoperi pasivul debitorului prin instituirea unei proceduri colective, prin acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia.

Inclusiv în interpretarea reglementării anterioare (Legea nr. 85/2006), s-a reținut¹ că procedura are drept scop principal menținerea întreprinderii, bineînțeles atunci când ea este viabilă. Aprecierea viabilității nu se limitează la aspectul financiar, ci se extinde și asupra dimensiunii umane, individuale și colective. Același autor arată că salvarea intereselor creditorilor este subordonată interesului menținerii întreprinderii, ceea ce înseamnă că scopul unui creditor, la momentul la care formulează cererea de deschidere a procedurii insolvenței trebuie să fie acela de a determina acoperirea pasivului debitorului, situație care se răsfrânge în mod benefic și asupra sa, întrucât creanța pe care o deține face parte din pasivul debitorului, a cărei acoperire o reprezintă scopul procedurilor de insolvență. „Acoperirea pasivului” nu înseamnă neapărat stingerea integrală a datoriilor debitorului, ci reprezintă mai degrabă o resetare a relațiilor de afaceri dintre creditori și debitor pentru a facilita pentru viitor reluarea relațiilor comerciale, aspect benefic pentru toate părțile implicate. Astfel, în ipoteza în care recuperarea creanței în parte sau în totalitate nu este posibilă, creditorul poate, dacă găsește că este oportun, să-și impună drept scop acest sacrificiu temporar, beneficiind pe viitor de un partener de afaceri.

Într-o altă opinie², pe care o considerăm mai ancorată în realitatea normativă a Legii nr. 85/2006, se reține în mod corect că Legea nr. 85/2006 imprimă reorganizării judiciare, ca modalitate a procedurii insolvenței, un caracter extraordinar, o modalitate excepțională a procedurii, procedura simplificată a falimentului fiind cea obișnuită.

Această concepție a fost schimbată prin modificarea textului ce reglementează scopul procedurii, art. 2 din Codul insolvenței indicând în partea sa finală, în plus față de predecesorul său, că procedura insolvenței se realizează *prin acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității debitorului*. În același sens sunt și prevederile art. 4 din Codul insolvenței, ce

¹ I. Turcu, Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012 (www.legalis.ro).

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 40.

reglementează principiile pe care se bazează prevederile acestui act normativ, statuând, la pct. 2, că unul dintre aceste principii este acordarea unei șanse debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară.

Revenind la abuzul de drept, s-a arătat că această instituție reprezintă o deturnare a dreptului ce se exercită de la finalitatea sa economică și socială, adică de la limitele sale normale¹. Or, dacă scopul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței este altul decât cel enunțat anterior, iar creditorul încearcă doar să elimine cheltuielile necesare cu demararea unui litigiu pe drept comun sau cheltuielile necesare demarării procedurii de executare silită, sau pur și simplu încearcă intimidarea sau chiar producerea unor prejudicii de imagine prin formularea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței, creditorul va fi dator să achite prejudiciile materiale și morale pricinuite în acest mod. Bineînțeles că instanța de judecată va putea inclusiv să-l amendeze pe creditor pentru exercitarea cu rea-credință a drepturilor procesuale, în condițiile art. 187 alin. (1) pct. 1 lit. a) C.proc.civ.

Pentru a **demonstra existența unui abuz de drept**, trebuie să fie prezente cele două elemente constitutive ale abuzului de drept: *un element subiectiv*, cel al relei-credințe, și *un element obiectiv*, reprezentat de deturnarea dreptului de la finalitatea sa legală.

Deoarece regula este că despăgubirea se realizează în natură, instanța de judecată, în ipoteza în care este investită cu o cerere de deschidere a procedurii insolvenței care se dovedește a îmbrăca haina abuzului de drept procesual, va trebui să dea prioritate acestei modalități de acoperire a prejudiciului. Repararea în natură a prejudiciului cauzat prin exercitarea abuzivă a dreptului de a formula cerere de deschidere a procedurii insolvenței se poate realiza prin respingerea acesteia. Bineînțeles că, întrucât abuzul de drept poate fi o cauză a răspunderii civile delictuale², dacă debitorul

¹ P. Perju, în *Fl.A. Baias, E. Chelarū, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, p. 15.*

² A. Dimitriu, în *Colectiv, Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, comentariul art. 15 (www.legalis.ro).

demonstrează că a suferit prejudicii materiale sau morale, va putea solicita instanței de judecată ca pretinsul creditor să fie obligat la acoperirea acestora.

Despăgubirile, ca urmare a formulării abuzive a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței de către un creditor, pot fi acordate în două modalități: (i) de judecătorul-sindic odată cu respingerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței; (ii) de judecătorul de drept comun, printr-o cerere distinctă.

(i) În prima ipoteză, cea a pronunțării unei hotărâri de către judecătorul-sindic, vor fi incidente prevederile art. 72 alin. (4) din Codul insolvenței, conform cărora cauțiunea va fi folosită pentru a acoperi pagubele suferite de debitor, pentru introducerea cu rea-credință a unei astfel de cereri, conform dispoziției judecătorului-sindic. Această ultimă precizare a textului legal conduce la concluzia că acoperirea prejudiciilor suferite de debitor, din cauțiunea consemnată de creditor, se poate realiza exclusiv în baza hotărârii judecătorului-sindic. Astfel, debitorul va fi nevoit să ceară despăgubiri și, implicit, să administreze probe în legătură cu prejudiciile suferite, odată cu depunerea contestației. Judecătorul va putea să oblige pe reclamant să depună o cauțiune în cuantum de 10% din valoarea creanței invocate (dar nu mai mult de 40.000 lei), urmând ca, în cazul în care cererea de deschidere a procedurii insolvenței este respinsă, debitorul să-și acopere pagubele suferite. În ipoteza în care pagubele suferite de debitor depășesc cuantumul maxim al cauțiunii, diferența va putea fi solicitată pe cale separată.

(ii) În cea de-a doua ipoteză, a demarării unui litigiu pe cale separată pentru acoperirea prejudiciilor cauzate prin formularea abuzivă a cererii de deschidere a procedurii insolvenței¹, nu se va mai putea pune problema acoperirii prejudiciilor din cauțiune, întrucât această competență îi aparține exclusiv judecătorului-sindic. Posibilitatea demarării unui litigiu distinct pentru acoperirea pagubelor suferite prin exercitarea abuzivă a drepturilor procesuale de către creditor este reliefată de prevederile de drept comun cu privire la restituirea cauțiunii, reglementate de art. 1064 C.proc.civ. care stabilește în sensul că se va restitui cauțiunea celui

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 464.

care a depus-o în măsura în care cel îndreptățit, în cazul nostru debitorul, nu a formulat o cerere pentru plata unor despăgubiri, până la îndeplinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii. În atari condiții, rezultă că art. 1064 C.proc.civ. îi oferă debitorului dreptul de a-l acționa în judecată pe creditor, pe calea dreptului comun, pentru a-i fi achitate despăgubiri legate de exercitarea abuzivă a dreptului de a formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței.

Posibilitatea sancționării creditorului care formulează o cerere de deschidere a procedurii insolvenței cu „lejeritate”, ca urmare a constatării caracterului abuziv al cererii sale, este prevăzută și în alte sisteme de drept¹.

În sistemul de drept olandez², conceptul de *abuz de drept* în contextul cererii de deschidere a procedurii insolvenței a avut o dezvoltare extrem de interesantă, intrând în această categorie inclusiv cererile formulate de debitor care au drept scop eludarea prevederilor legale privitoare la dreptul muncii și protecția salariaților în fața concedierilor abuzive.

În dreptul intern, deși nesancționate încă, se întâlnesc situații în care un profesionist, dorind să se retragă dintr-un raport comercial încheiat pe termen mediu sau lung, în condițiile în care nu găsește un acord cu privire la acest aspect cu cocontractantul său, va solicita deschiderea procedurii insolvenței, în mod abuziv, pentru a-i fi permis, cu ajutorul administratorului judiciar, să facă uz de mecanismul reglementat de art. 123 din Codul insolvenței, anume de a desființa actele în curs de executare.

Considerăm că de o manieră similară cu cea stabilită în jurisprudența și doctrina străine anterior citate, soluția sancționării abuzului de drept va trebui să se impună și în jurisprudența noastră, aceasta având un rol extrem de benefic, acela de însănătoșirea mediului juridic și implicit a mediului de afaceri prin limitarea abuzurilor procesuale care, în ultima vreme, inclusiv pe fondul crizei financiare, s-au înțesat.

¹ Com. 13 mars 1990, Bull.civ. IV nr. 305; în RTD civ. 1990, p. 479, obs. Mestre, apud A. Jauffret, Droit Commercial, 22^{ème} éd., par Jacques Mestre, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 678.

² P.J.M. Declercq, op. cit., p. 64-70.

Capitolul II

Garanțiile în procedura insolvenței

Secțiunea 1. Rolul garanțiilor în procedura insolvenței

§1. Noțiunea de garanție

Nevoia de garantare a obligațiilor a apărut ca o modalitate de protecție, ca un colac de salvare pus la îndemâna creditorilor pentru a se pune la adăpost de riscul insolvabilității creditorului¹. Această nevoie s-a născut din nesiguranța resimțită de creditorii, rezultată din riscul general de neplată și de concursul dintre creditorii chirografari ai debitorului. Bineînțeles că această protecție nu garantează succesul executării obligațiilor dar, cu siguranță, mărește șansele recuperării creanțelor. În aceste condiții ne raliem definiției reținute în doctrină², conform căreia prin garanții ale executării obligațiilor se înțelege totalitatea mijloacelor juridice, anume a drepturilor și acțiunilor recunoscute direct de lege sau născute prin acordul de voință al părților raportului obligațional, prin a căror exercitare se asigură realizarea dreptului de creanță.

În mod generic, garanții ale obligațiilor sunt acele mecanisme care pot avea drept efect diferențierea creditorilor în recuperarea creanțelor din patrimoniul aceluiași debitor. În particular, garanțiile

¹ A. Dimitriu, Garanțiile creditorilor în procedura insolvenței în obscuritatea noului Cod civil, în C.J. nr. 6/2013, p. 355 și urm.

² L. Pop, Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 754.

sunt doar acele instrumente juridice care constituie excepții de la regula egalității între creditorii chirografari¹.

Garanțiile, în viziunea Codului civil, se împart în două mari categorii: garanții personale și garanții reale. Cele personale constituie, alături de garanțiile reale, mijloace specifice de asigurare a executării obligațiilor². Există o diferență fundamentală între aceste două mari categorii de garanții; spre deosebire de garanțiile reale, care conferă drept de urmărire a bunului în mâinile oricui s-ar afla, în cazul garanțiilor personale executarea obligației debitorului se garantează prin afectarea, în principiu, a întregului patrimoniu al unui terț, care își ia angajamentul de a plăti, în cazul neexecutării obligației debitorului principal.

Un rol extrem de important în studiul pe care ni-l propunem îl au garanțiile reale și privilegiile. În categoria cauzele de preferință, identificate în textul art. 2327 C.civ. (privilegiile, ipotecile și gajul), vom include și dreptul de retenție³. Ele au menirea de a conferi, *pe de o parte*, în caz de neexecutare din partea debitorului prioritatea la recuperarea creanței, iar *pe de altă parte*, de a facilita obținerea bunului în vederea executării silite⁴. Doar acei creditori care beneficiază de o garanție reală (*in genere* de o cauză de preferință, *n.n.*) vor fi preferați la plată, când vin în concurs cu chirografarii. Aceasta este rațiunea în baza căreia s-a concluzionat că esența și punctul comun al garanțiilor reale se regăsesc în ideea că există un bun afectat la plată, nu doar o asigurare comună, incertă și generală, pe care o conferă gajul general⁵. În sistemul actual de

¹ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 116.

² C. Irimia, în *FLA. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.)*, op. cit., 2012, comentariul art. 2279 C.civ. (www.legalis.ro).

³ Retenția este ca însăși o garanție reală. Dreptul de retenție nu conferă creditorului o putere de a acționa, ci o „putere de inerție” specifică situației detentorului, o putere de a refuza restituirea lucrului și de a se sustrage de la concursul cu ceilalți creditori. În acest sens, a se vedea I. Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 345

⁴ B. Vișinoiu, în *FLA. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.)*, op. cit., 2012, comentariul art. 2323 C.civ. (www.legalis.ro).

⁵ P. Vasilescu, op. cit., p. 117.

drept sunt garanții reale sau cauzele de preferință: gajul, ipoteca, privilegiile și dreptul de retenție (art. 2327 C.civ.).

În ceea ce privește cauzele de preferință, acestea vor putea fi clasificate după cum bunul dat în garanție rămâne sau nu în stăpânirea constituitorului garanției și ulterior nașterii garanției, în: (i) garanțiile fără depozitare – ipoteca, privilegiu; (ii) garanțiile cu depozitare – gaj, drept de retenție.

§2. Garanțiile în procedura insolvenței

Art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței definește creanțele care beneficiază de o cauză de preferință drept acele creanțe care sunt însoțite de un privilegiu și/sau de un drept de ipotecă și/sau de drepturi asimilate ipotecii, potrivit art. 2347 C.civ., și/sau de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale cauzelor de preferință. În cazul în care debitorul este terț garant, creditorul care beneficiază de o cauză de preferință va exercita drepturile corelative numai în ceea ce privește bunul sau dreptul respectiv. Astfel, în noțiunea intitulată „cauzele de preferință”, sunt incluse, conform celor enunțate de art. 2327 C.civ., atât drepturile ipoteca și gajul, cât și privilegiile, la care bineînțeles se va adăuga și dreptul de retenție.

Din această definiție legală se desprinde o concluzie extrem de clară, anume că singurele garanții apte să-și producă efectele în cadrul procedurii insolvenței sunt cauzele de preferință. Garanțiile personale, reglementate de art. 2279-2322 C.civ., printre care se găsesc, alături de fideiusiune, și scrisoarea de garanție, respectiv scrisoarea de confort, nu vor putea fi considerate garanții în sensul Codului insolvenței¹. Aceasta este și rațiunea pentru care Codul insolvenței a abandonat termenul de garanție (folosit de vechea reglementare – Legea nr. 85/2006) fiind folosit termenul de cauze de preferință.

¹ I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 97.

Garanțiile personale, dar și cauzele de preferință constituite de terți¹ în vederea garantării creanțelor debitoarei nu vor putea fi considerate garanții în sensul procedurii insolvenței deoarece nu este îndeplinită condiția afectării garanției asupra unui bun din patrimoniul debitorului². În aceste condiții, o creanță contra debitorului garantată (e.g. prin ipotecă) de către un terț va fi înscrisă în categoria creanțelor chirografare în tabelul de creanțe al debitorului, deoarece bunul afectat garanției nu aparține debitorului, ci unui terț³. Acest creditor va fi unul garantat numit în raport cu terțul garant, respectiv în ipoteza în care procedura insolvenței se deschide asupra acestuia.

Din cele reliefate mai sus rezultă că pentru ca o creanță în procedura insolvenței să fie considerată garantată este necesar să îndeplinească două condiții: (i) garanția să fie cauză de preferință – ipotecă, gaj, privilegiu, drept de retenție; (ii) garanția să poarte asupra bunurilor din patrimoniul debitorului.

Principalele caracteristici ale cauzelor de preferință sunt dreptul de urmărire și dreptul de preferință. Singura cauză de preferință care nu asigură titularului său dreptul de urmărire al bunului este privilegiul⁴.

¹ Existența unei garanții reale imobiliare asupra bunurilor unei terțe persoane care a acceptat instituirea unei ipoteci pe apartamentul său, pentru a garanta contractul de împrumut al debitoarei falite, nu conferă caracterul privilegiat al creanței împrumutătorului în raport cu debitoarea. De asemenea, în lipsa înregistrării gajului asupra bunurilor mobile ale debitoarei în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, așa cum prevăd dispozițiile art. 28 și art. 29 din Legea nr. 99/1999 (art. 2346 C.civ.), acesta nu este opozabil celorlalți creditori și nu îi conferă caracterul de creanță privilegiată, C.A. Pitești, Secția comercială, decizia nr. 191/15.02.2008, în *Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România*, Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, volumul II.

² FL Memo, Company Law, 2011, p. 968.

³ I. Adam, C.N. Savu, Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații, op. cit., 2006, p. 98.

⁴ L. Pop, Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 754.

De la momentul deschiderii procedurii insolvenței dreptul de urmărire se suspendă, ca efect al prevederilor art. 75 din Codul insolvenței conform cărora se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale, urmând ca la data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silit suspendate să-și înceteze efectele. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor.

Dreptul de urmărire poate fi totuși materializat, dar cu titlu de excepție, prin procedura instituită de art. 78 alin. (1) din Codul insolvenței. Astfel, creditorul titular al unei creanțe care beneficiază de o cauză de preferință poate solicita judecătorului-sindic ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii.

O altă excepție de la stingerea dreptului de urmărire, instituită de art. 2472 C.civ., reprezintă în fapt o derogare de la prevederile art. 75 din Codul insolvenței și vizează exclusiv bunurile mobile supuse ipotecii față de care a fost demarată procedura de vânzare silită anterior deschiderii insolvenței față de debitor. Administrarea cu puteri depline (art. 800-801 C.civ.), după cum spune art. 2472 C.civ., dobândită odată cu demararea procedurii de vânzare silită instituită de art. 2468 și urm. C.civ. nu va înceta la momentul deschiderii procedurii insolvenței față de debitor, creditorul ce a intrat în posesia bunului având dreptul să finalizeze procedurile de executare a ipotecii mobiliare.

În afara acestor excepții, creditorii ce beneficiază de o cauză de preferință își pierd dreptul de a urmări bunurile afectate garanției pe care o dețin odată cu deschiderea procedurii insolvenței. Acest efect al deschiderii procedurii insolvenței este cauzat de caracterul concursual al procedurii insolvenței care are drept scop acoperirea pasivului debitorului (art. 2 din Codul insolvenței). Pentru a nu altera în mod iremediabil șansele creditorilor chirografari de a-și recupera creanțele, Codul insolvenței nu permite, în afara excepțiilor evocate mai sus, executarea garanțiilor în perioada de observație sau în perioada de reorganizare, pentru a da o șansă reală

debitoarei, atunci când este posibil, să se salveze și, în acest mod, să fie posibilă achitarea, dacă nu în tot atunci măcar în parte, a creanțelor chirografare.

§3. Scopul și efectele specifice ale garanțiilor în procedura insolvenței

Creanțele garantate în sensul prevederilor art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței beneficiază de o serie de drepturi, specifice procedurii insolvenței. Astfel, pe lângă preferința la distribuirea prețului, la momentul vânzării bunurilor afectate cauzei de preferință, creditorilor garantați le mai sunt conferite și alte avantaje.

În vederea dobândirii acestei calități, creditorii sunt datori să solicite înscrierea în tabelul de creanțe a drepturilor de preferință aferente creanțelor pe care le dețin. În cazul în care un astfel de creditor omite să-și declare dreptul de preferință, el nu va putea face parte din categoria creditorilor garantați, dreptul de preferință fiind inopozabil pe parcursul derulării procedurilor de insolvență¹. În acest sens s-a reținut într-o decizie de speță că un creditor beneficiar al unui drept de retenție ce nu a solicitat înscrierea acestui drept de preferință în tabelul creditorilor nu mai este în drept să rețină bunurile cu titlu de drept de retenție, această garanție fiind inopozabilă procedurii insolvenței².

Pe de-o parte, în condițiile art. 50 din Codul insolvenței creditorii ce beneficiază de cauze de preferință vor fi preferați pentru a face parte din comitetul creditorilor, judecătorul-sindic fiind ținut să desemneze pe baza propunerii creditorilor un comitet format din 3-5 creditori dintre cei cu creanțe beneficiind de cauze de preferință, bugetare și chirografare.

Un alt drept, specific procedurii insolvenței, este cel legat de clasa creditorilor beneficiind de cauze de preferință care se

¹ Ph. Roussel Galle, *Entreprises en Difficulté*, LexisNexis, Paris, 2012, p. 391.

² Com. 8 juin 1999: D. 2000, Code de Commerce, ed. 2002, Dalloz, p. 773.

constituie, în mod special pentru votarea planului de reorganizare. Conform art. 138 alin. (3) lit. a) din Codul insolvenței, creanțele garantate se vor constitui într-o categorie separată care va vota planul de reorganizare. Tot datorită ierarhiei instituite de art. 138 alin. (3) din Codul insolvenței, creanțele garantate nu vor putea fi micșorate prin plan într-o proporție mai mare decât creanțele ierarhic inferioare. Cum creanțele care beneficiază de cauze de preferință se află pe prima treaptă în ierarhia claselor de creditori, rezultă că diminuarea ce va putea fi propusă prin plan asupra creanțelor garantate nu va putea fi mai mare (în procente din cuantumul total) decât cea dispusă pentru creanțele bugetare salariale, respectiv chirografare.

Secțiunea a 2-a. Compatibilitatea limitărilor garanției comune a creditorilor cu procedura insolvenței

§1. Noțiunea de garanție comună a creditorilor

La fel ca în legislația anterioară (art. 1718 C.civ. din 1864) alin. (1) al art. 2324 C.civ. reglementează garanția generală a creditorilor. Diferența este dată exclusiv de terminologia aleasă, textul Codului civil folosind expresia de „garanție comună a creditorilor”, iar nu pe cea de „gaj general” (noțiune consacrată la nivel doctrinar și jurisprudențial)¹.

Garanția comună a creditorilor are ca obiect întregul patrimoniu al debitorului, privit ca o universalitate juridică ce este formată dintr-o sumă de valori, fiind făcută abstracție de individualitatea fiecărui drept care intră în conținutul său². Cu alte cuvinte

¹ A. Dimitriu, în *Colectiv*, Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații, op. cit., nota art. 2324 (www.legalis.ro).

² L. Pop, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 755.

creditorul se poate îndrepta împotriva oricărui drept deținut de debitor la momentul punerii în executare a creanței sale, indiferent dacă acel drept era sau nu în patrimoniul debitorului la momentul nașterii creanței. Existența garanției comune a creditorilor nu este afectată de fluctuațiile înregistrate în patrimoniul debitorului, însă valoarea sa va fi, în mod evident, afectată de aceste fluctuații. Dreptul comun a pus la îndemâna creditorilor acțiunea revocatorie sau, după cum a mai fost ea intitulată în doctrină, pauliană (art. 1562-1565 C.civ.), cu ajutorul căreia actele de înstrăinare făcute în scopul diminuării garanției generale, cu intenția de a frauda creditorii, vor putea fi făcute inopozabile, fiindu-le astfel permis creditorilor să se îndeustuleze din aceste bunuri ca parte a garanției comune a creditorilor. În procedura insolvenței legiuitorul a creat un instrument mult mai facil și energic de majorare a patrimoniului debitorului și, implicit, a garanției comune a creditorilor prin acțiunea în anulare a actelor frauduloase (art. 117-122 Codul insolvenței). Caracterul facil al acestei acțiuni este dat de instituirea unor ipoteze în care fraudă creditorilor este prezumată relativ¹.

Garanția comună a creditorilor aparține tuturor creditorilor, atât celor chirografari, cât și celor garantați care, prin cauzele de preferință dobândesc drepturi suplimentare față de restul creditorilor, fără a le fi suprimat însă accesul la garanția comună a creditorilor.

§2. Limitarea garanției comune a creditorilor

Bunurile insesizabile în temeiul legii sau în baza convențiilor, conform art. 2329 C.civ., nu sunt supuse garanției comune a creditorilor. Insesizabilitatea are ca efect imposibilitatea creditorilor de a începe urmărirea silită a bunurilor în favoarea cărora a fost stabilită respectiva clauză². În acest sens, pot fi identificate două

¹ Art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței instituie o prezumție relativă de fraudă în privința motivelor de anulare reglementate de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței.

² G. Răducan, în *Colectiv*, Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență, vol. III, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 726.

categorii de limitări a garanției comune a creditorilor: insesizabilitatea legală; insesizabilitatea voluntară.

2.1. Insesizabilitatea legală

Insesizabilitatea legală intervine în acele situații în care legea califică bunurile drept insesizabile, fie ca o consecință a inalienabilității lor, fie ca urmare a scopului pentru care sunt afectate.

(i) În prima categorie, cea a insesizabilității ca o consecință a inalienabilității, intră toate bunurile care potrivit legilor sunt inalienabile (e.g. bunurile proprietate publică; dreptul de uz și de abitație, conform art. 752 și art. 973 C.civ.; dreptul de întreținere conform art. 2258 C.civ.¹ etc.);

(ii) În cea de-a doua categorie intră bunurile care au devenit insesizabile ca urmare a scopului pentru care sunt afectate. Aceste bunuri, deși se află în circuitul civil, fiind alienabile, prin scopul pentru care au fost afectate capătă, conform prevederilor legale, caracter insesizabil. În acest sens sunt prevederile art. 727 C.proc.civ.², care în mod obiectiv statuează că nu sunt supuse urmăririi silite bunurile de uz casnic sau personal, indispensabile traiului debitorului sau familiei sale și obiectele de cult dacă nu sunt mai multe de același fel; obiectele indispensabile persoanelor cu handicap și cele destinate îngrijirii bolnavilor; alimentele necesare debitorului și familiei sale etc. Relevanța acestei reglementări din Codul de procedură civilă este dată de textul art. 5 pct. 5 din Codul insolvenței care face trimitere în mod expres la legea procesual civilă – *averea debitorului* reprezintă totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite potrivit Codului de procedură civilă.

Categoria de bunuri ce intră în sfera insesizabilităților legale nu prezintă interes pentru prezentul studiu, aceasta deoarece procedura

¹ L. Pop, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 758.

² Gh. Piperea, în *Colectiv*, *Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații*, op. cit., p. 733.

insolvenței privește persoanele juridice de drept privat, ipoteză ce exclude, de regulă, administrarea bunurilor proprietate publică, dar și situațiile reglementate de art. 727 C.proc.civ.

2.2. Insesizabilitatea voluntară

Insesizabilitatea voluntară intervine în acele situații în care, în mod convențional, părțile stabilesc caracterul insesizabil al unor bunuri din patrimoniul debitorului. Insesizabilitatea voluntară se poate naște în două modalități: (i) direct, prin încheierea unei clauze de insesizabilitate; (ii) indirect, prin crearea unei diviziuni patrimoniale afectate exercițiului unei profesii autorizate de lege – art. 2324 alin. (4) C.civ.

Ipoteza reglementată de art. 2324 alin. (3) C.civ. nu reprezintă o cauză de insesizabilitate voluntară. În situația în care creanțele sunt născute în legătură cu o anumită diviziune a patrimoniului, astfel cum este reglementată și definită în art. 31 C.civ., autorizată de lege, dar neafectată exercițiului unei profesii, creditorii vor fi obligați să demareze mai întâi executarea silită a bunurilor care se găsesc în patrimoniul de afectațiune în legătură cu care s-a născut creanța. Numai în situația în care creditorii nu se îndestulează din aceste executări vor putea urmări și celelalte bunuri ale debitorului, care nu aparțin patrimoniului de afectațiune. Cu alte cuvinte există un drept de discuțiune pe care-l poate invoca debitorul împotriva creditorului care va încerca să execute mai întâi bunurile ce nu se găsesc în patrimoniul de afectațiune în legătură cu care s-a născut creanța¹.

(i) *Insesizabilitatea directă* ia naștere prin convenția părților. Această convenție se poate încheia fie în condițiile art. 2325 C.civ., debitorul și creditorul ipotecar având posibilitatea să anihileze garanția comună a creditorilor, debitorul urmând să răspundă în caz de neplată exclusiv cu bunurile ipotecate, fie în condițiile art. 2329 C.civ. prin instituirea unei clauze de insesizabilitate.

Trebuie notat faptul că art. 2325 C.civ. care instituie posibilitatea părților (debitorul și creditorul) de a anihila garanția comună

¹ A. Dimitriu, în *Colectiv*, Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații, op. cit., nota art. 2324 (www.legalis.ro).

a creditorilor, vorbește exclusiv de bunurile ipotecate, motiv pentru care încheierea unei convenții de limitarea a garanției comune a creditorilor nu va putea fi încheiată dacă creditorul nu beneficiază de un drept de ipotecă, ci de alte cauze de preferință (gaj, privilegiu, drept de retenție). Aplicarea prevederilor art. 2325 C.civ. prin analogie și în privința celorlalte cauze de preferință, altele decât ipoteca, nu este posibilă, normele privitoare la garanția comună a creditorilor fiind imperative, derogarea de la ele putându-se realiza prin reglementări exprese, analogia nefiind permisă (art. 10 C.civ.). Mai trebuie notat faptul că limitarea garanției comune a creditorilor își produce efectele exclusiv în ceea ce-l privește pe creditorul care a încheiat această convenție, ceilalți creditori nefiind afectați de o asemenea clauză.

Clauze de insesizabilitate, încheiată în condițiile art. 2329 C.civ., determină imposibilitatea tuturor creditorilor de a demara urmărirea silită a bunului în favoarea căruia a fost stabilită clauza de insesizabilitate. Diferența dintre art. 2329 și art. 2325 C.civ. este dată de faptul că clauza de insesizabilitate are efecte *erga omnes*, față de toți creditorii debitorului, pe când clauza de limitare reglementată de art. 2325 C.civ. are efecte numai asupra creditorilor semnatori ai convenției prin care s-a convenit limitarea garanției comune a creditorilor.

Pentru a fi valabilă clauza de insesizabilitate, trebuie îndeplinite aceleași condiții impuse de art. 626 și urm. C.civ. referitoare la clauza de inalienabilitate. Astfel, pentru a fi valabilă, clauza de insesizabilitate, convenția care o consacră nu va trebui să aibă drept efect imposibilitatea urmăririi bunului pentru mai mult de 49 de ani. Totodată actul juridic prin care se convine asupra acestei clauze va trebui să se bazeze pe un interes serios și legitim. Instituirea clauzei de insesizabilitate se realizează la momentul dobândirii bunului sau prin dispoziții testamentare, acest aspect deosebind insesizabilitatea de limitarea garanției generale a creditorilor prin faptul că parte a clauzei de insesizabilitate nu este creditorul, ci cel care înstrăinează bunul.

Întrucât art. 2329 alin. (2) C.civ. statuează că bunurile declarate de lege inalienabile sunt implicit și insesizabile, printr-o interpretare *per a contrario*, va rezulta că bunurile care sunt inalienabile

convențional nu sunt și insesizabile, afară de dispoziție expresă. În aceeași măsură poate fi imaginată ipoteza în care poate exista o clauză de insesizabilitate în lipsa unei clauze de inalienabilitate. Opozabilitatea față de terți este asigurată prin înscrierea clauzei în registrele de publicitate mobilă sau, după caz, imobiliară¹, de la momentul îndeplinirii condițiilor pentru opozabilitate niciunul dintre creditorii debitorului ne mai având dreptul să execute bunul afectat de clauza de insesizabilitate.

(ii) *Insesizabilitatea indirectă* este întâlnită în acele situații ce sunt circumscrise prevederilor art. 2324 alin. (4) C.civ. Aceste norme derogă de la prevederile art. 2324 alin. (3) C.civ., excep-tând, de la urmărirea silită bunurile ce nu sunt afectate exercițiului unei profesii autorizate de lege pentru satisfacerea unei creanțe născute în legătură cu acea profesie, inclusiv cele ale statului sau cele ale organelor fiscale². Prin urmare, spre deosebire de regle-mentarea art. 2324 alin. (3), în ipoteza alin. (4) nu mai vorbim despre un beneficiu de discuțiune acordat debitorului (o insesi-zabilitate afectată de condiția suspensivă legată de insuficiența bunurilor din masa patrimonială în legătură cu care s-a născut creanța), ci de o veritabilă insesizabilitate a tuturor bunurilor din masa patrimonială afectată exercițiului unei profesii autorizate de lege, pentru creanțele ce nu s-au născut în legătură cu exercitarea acelei profesii³.

O altă situație care poate determina în mod indirect insesi-zabilitatea unor bunuri este fiduciar. Conform art. 773 C.civ. fiduciar este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drep-turi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau al mai multor beneficiari. Același text legal imprimă caracterul de masă patrimonială a

¹ Idem, nota art. 2329.

² Ibidem.

³ Prevederile alin. (4) se aplică diviziunilor operate ulterior intrării în vigoare a Codului civil adoptat prin Legea nr. 287/2009 (art. 151 din Legea nr. 71/2011).

fiduciei, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniul fiduciarilor. În doctrină¹ fiduciarul este considerat un proprietar al bunurilor care fac obiectul fiduciei și, în această calitate, poate exercita toate drepturile care intră în conținutul proprietății, conform art. 555 C.civ. În aceste condiții se poate afirma fără nicio rețineră că de la momentul constituirii fiduciei, bunurile ce intră în această diviziune patrimonială devin insesizabile pentru creanțele ce s-au născut în afara sa.

§3. Insesizabilitatea în procedura insolvenței

Conform celor detaliate la pct. 2.2. cauzele de insesizabilitate ce pot avea incidență în procedura insolvenței sunt cele voluntare, anume: diviziunile patrimoniale aferente exercitării unei activități profesionale reglementate de lege [art. 2324 alin. (4) C.civ.]; fiducia (art. 773-791 C.civ.); convențiile de limitare a drepturilor creditorilor ipotecari (art. 2325 C.civ.); clauzele de insesizabilitate/inalienabilitate (art. 2329 C.civ.).

3.1. Diviziunile patrimoniale

Art. 2324 alin. (4) C.civ. reglementează o categorie aparte de separație a patrimoniului, specificul acestei categorii fiind acela că nicio creanță născută în afara masei patrimoniale afectate unei profesii nu va putea fi satisfăcută din bunurile afectate profesiei în cauză. Atât prevederile Codului civil, cât și cele ale Codului insolvenței omit să facă vorbire despre regimul juridic al diviziunilor patrimoniale la momentul deschiderii procedurii insolvenței față de constituitoir.

Considerăm că aceste diviziuni patrimoniale vor fi menținute sau vor înceta în procedura insolvenței în funcție de etapa în care se află procedura și de exercitarea sau nu de către administratorul

¹ Gh. Piperea, *Drept comercial. Întreprinderea*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 13; A. Rățoi, în *Colectiv*, *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, op. cit. comentariul art. 773 (www.legalis.ro); R. Constantinovici, în *F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.)*, op. cit., 2012, comentariul art. 773 C.civ. (www.legalis.ro).

judiciar/lichidator a drepturilor reglementate de art. 117 din Codul insolvenței. Prin urmare, în privința persoanelor indicate la art. 3 din Codul insolvenței care pot face obiectul unei proceduri de insolvență, diviziunile patrimoniale afectate unei profesii, în sensul art. 2324 alin. (4) C.civ., vor fi menținute în **perioada de observație** (dacă administratorul judiciar nu va face uz de prevederile art. 117 din Codul insolvenței).

În faza reorganizării judiciare segregarea patrimoniului va putea fi menținută sau chiar constituită, ca modalitate de reorganizare a debitoarei, în condițiile art. 132 alin. (3) din Codul insolvenței. Chiar dacă textul anterior citat nu face o referire expresă al această măsură, considerăm că în lumina noilor prevederi din Codul civil, prin reorganizarea persoanei juridice se poate înțelege inclusiv segregarea patrimonială.

În ipoteza trecerii la faliment, față de pronunțarea concomitentă a dizolvării persoanei juridice supuse acestei proceduri, persoana juridică nu mai poate întreprinde decât măsuri aferente lichidării, ceea ce înseamnă nu va mai fi posibilă nici exercitarea profesiei autorizate de lege ce a determinat segregarea patrimonială. În aceste condiții, considerăm că diviziunea patrimonială constituită în temeiul art. 2324 alin. (4) C.civ. va înceta de drept de la momentul intrării în procedura falimentului. Prevederile art. 33 alin. (4) C.civ. care fac vorbire despre modalitatea în care este lichidată diviziunea patrimonială, fac trimitere la prevederile din materia contractului de societate (art. 1941-1948 C.civ.). Față de caracterul de normă specială pe care îl are Codul insolvenței față de Codul civil, prevederile art. 1941-1948 C.civ. se vor aplica exclusiv în ipoteza în care nu conțin reglementări contrare legii procedurii insolvenței.

3.2. Fiducia

Fiducia este o modalitate de segregare a patrimoniilor. În doctrina recentă¹, pe bună dreptate, i-a fost atribuit acestei instituții și

¹ A. Rățoi, în *Colectiv*, Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații, op. cit. comentariul art. 773 (www.legalis.ro); R. Rizoiu, Unitate în diversitate: operațiunile asimilate ipotecii în noul Cod civil, în R.R.D.P. nr. 1/2013, p. 181.

un rol de garantare a obligațiilor. Deși fiducia se delimitează în mod evident de cauzele de preferință, care se sting odată cu obligația garantată¹, ea poate fi inclusă în sfera de reglementare a art. 2347 C.civ., a operațiunilor asimilate ipotecii și, implicit a cauzelor de preferință despre care face vorbire textul art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței.

Bunurile ce fac parte din universalitatea nou creată, deși nu sunt afectate exercițiului unei profesii [conform celor cerute de art. 2324 alin. (4) C.civ.], vor deveni insesizabile pentru creanțele născute în afara acestei mase patrimoniale nou înființate.

Nu prezintă interes dacă s-a deschis procedura insolvenței împotriva fiduciarului, aceasta deoarece, conform prevederilor art. 785 C.civ. deschiderea procedurii insolvenței împotriva fiduciarului nu afectează masa patrimonială fiduciară. În schimb trebuie semnalată o lipsă de corelare între prevederile art. 790 alin. (3) C.civ. conform cărora „*contractul de fiducie încetează și în momentul în care s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței împotriva fiduciarului sau în momentul în care se produc, potrivit legii, efectele reorganizării persoanei juridice*” și prevederile art. 123 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței potrivit cărora „*orice clauze contractuale de desființare a contractelor în derulare pentru motivul deschiderii procedurii sunt nule*”. Bineînțeles că prevederile art. 790 alin. (3) C.civ. vor trebui să își producă efectele² însă ne punem întrebarea dacă legiuitorul a dorit instituirea unei derogări de la prevederile speciale din Legea nr. 85/2014 sau, pur și simplu, nu le-a avut în vedere. Totodată trebuie semnalată o posibilă problemă de constituționalitate a prevederilor art. 790 alin. (3) C.civ. față de textul art. 45 din Constituție care reglementează libertatea economică. Considerăm că suntem în fața unei reale probleme de constituționalitatea a art. 790 alin. (3)

¹ B. Florea, Unele observații asupra contractului de fiducie astfel cum este el reglementat în noul Cod civil, în Dreptul nr. 8/2013, p. 66.

² Dacă sunt identificate argumente în sensul aplicării art. 4-5 din Noul Cod civil – aplicarea prioritara a tratatelor privind drepturile omului, respectiv aplicarea dreptului Uniunii Europene – prevederile art. 790 alin. (3) C.civ. vor putea fi înlăturate de la aplicare.

C.civ., întrucât pot fi imaginate situații în care fiduciarul ce face obiectul procedurii insolvenței derulează o întreprindere ce are ca obiect de activitate exclusiv administrarea patrimoniilor fiduciare, ipoteză în care, odată cu intrarea în procedura insolvenței și, implicit, cu desființarea tuturor contractelor de fiducie [conform art. 790 alin. (3) C.civ.], șansele sale de reorganizare ar fi practic inexistente, prin imposibilitatea continuării activității, singura sa variantă fiind falimentul. Or, un asemenea deznodământ, ce este rezultatul direct al prevederilor art. 790 alin. (3) C.civ., este cu certitudine incompatibil cu prevederile art. 45 din Constituție.

Regimul juridic al fiduciei, odată cu deschiderea procedurii insolvenței împotriva constituitorului, este diferit în funcție de persoana beneficiarului. Conform art. 777 C.civ. beneficiarul fiduciei poate fi: (i) constituitorul; (ii) fiduciarul sau o terță persoană.

(i) În prima ipoteză, cea în care beneficiarul este constituitorul fiduciei, cele prezentate *supra* la pct. 3.1, vor fi valabile *mutatis mutandis*, fiducia urmând a fi menținută sau desființată în cadrul procedurii insolvenței în funcție de etapa în care se află procedura și de exercitarea sau nu de către administratorul judiciar/lichidator a drepturilor reglementate de art. 117 din Codul insolvenței. Faptul că art. 786 alin. (1) teza a II-a permite creditorilor constituitorului să urmărească bunurile ce fac obiectul fiduciei numai în temeiul hotărârii judecătorești definitive de admitere a acțiunii prin care a fost desființat sau a devenit inopozabil, în orice mod, cu efect retroactiv, contractul de fiducie, nu-i oprește pe titularii acțiunii în anulare a actelor frauduloase să atace contractul, fiducia reprezentând, în mod evident, un transfer de drepturi patrimoniale. În plus, avantajele unei asemenea acțiuni sunt evidente. Este vorba despre cuantumul taxei de timbru care este unul modic în cadrul procedurilor de insolvență (200 lei) și de lejeritatea probatorie de care beneficiază titularii acțiunii în anulare întemeiate pe prevederile art. 117 din Codul insolvenței.

Intrarea în procedura falimentului, are ca efect încetarea contractului de fiducie, prin activarea mecanismului pus la dispoziție de prevederile art. 789 alin. (2) C.civ. care vorbește despre denunțarea, modificarea și revocarea contractului de fiducie. Acest text de lege stabilește că după acceptarea de către beneficiar,

contractul nu poate fi modificat sau revocat de către părți ori denunțat unilateral de către constitutor, decât cu acordul beneficiarului sau, în absența acestuia, cu autorizarea instanței judecătorești. Deși Codul insolvenței nu oferă indicii cu privire la modul în care ar urma să se aplice acest text de lege, considerăm că întrucât odată cu intrarea în procedura falimentului dreptul de administrare, în cazul în care aparținea debitorului, este ridicat, lichidatorul care a preluat atributul reprezentării debitoare va putea să-și dea acordul cu privire la denunțarea și implicit încetarea contractului de fiducie. În ipoteza în care este totuși necesar acordul instanței, în sensul indicat de art. 789 alin. (2) C.civ., competent va fi judecătorul-sindic.

(ii) În cea de-a doua ipoteză în care beneficiarul fiduciei nu este debitorul constitutor, ci fiduciarul sau o terță persoană, singura modalitate de încetare a contractului de fiducie va fi acțiunea în anularea actelor frauduloase reglementată de art. 117 și urm. din Codul insolvenței. Întrucât constitutorul, prin încheierea contractului de fiducie, își înstrăinează masa patrimonială (la încetarea contractului beneficiar este fiduciarul sau o terță persoană), singura ipoteză prin care, pe parcursul derulării procedurii insolvenței, s-ar putea întoarce bunurile în patrimoniul debitorului ar fi acțiunea în anulare a actelor frauduloase¹.

3.3. Convențiile de limitare a drepturilor creditorilor ipotecari

Acestea vizează acele ipoteze în care creditorul și debitorul derogă de la prevederile art. 2324 alin. (1) C.civ., în sensul restrângerii garanției comune a creditorilor în privința anumitor bunuri din patrimoniul debitorului. În această situație, creditorul parte la această convenție nu va putea demara executarea silită, în caz de neexecutare a obligației, față de bunurile ce fac obiectul acestei limitări².

¹ Constituirea unei fiducii în perioada suspectă reprezintă un motiv de nulitate de drept în dreptul francez.

² A. Dimitriu, în *Colectiv*, Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații, op. cit., nota art. 2325 (www.legalis.ro).

Întrucât nici art. 2325 C.civ. și nici Legea nr. 85/2014 nu fac vorbire despre regimul juridic al acestor convenții de la momentul deschiderii procedurii insolvenței, în cele ce urmează vom analiza condițiile în care aceste convenții vor mai fi producătoare de efecte juridice sau nu. În primul rând trebuie aduse în discuție prevederile art. 2 din Codul insolvenței care impun un caracter colectiv și concursual procedurii insolvenței. Aceste prevederi au stat la baza reglementării art. 75 din Codul insolvenței care interzice executarea silită a unor bunuri aparținând debitorului ulterior momentului deschiderii procedurii insolvenței.

Datorită caracterului concursual al procedurii insolvenței, satisfacerea creanțelor creditorilor nu va putea fi considerată o executare silită. Dreptul de urmărire este suprimat de la momentul deschiderii procedurii insolvenței, astfel încât orice convenție de tipul celor indicate la art. 2325 C.civ. rămâne lipsită de interes practic, dreptul de urmărire al tuturor creditorilor fiind oricum suprimat.

Un alt aspect ce trebuie subliniat este legat de faptul că suprimarea dreptului de urmărire prin încheierea unei clauze conform art. 2325 C.civ., îl vizează exclusiv pe creditorul parte a convenției, ceilalți creditori nefiind afectați de acest act juridic. În aceste condiții, din moment ce procedura insolvenței este o procedură colectivă, la care participă toți creditorii, convențiile de limitare a drepturilor creditorilor nu își vor produce efectele de la momentul deschiderii procedurii insolvenței.

Un contraargument la cele expuse mai sus ar putea fi adus prin invocarea prevederilor art. 5 pct. 5 din Codul insolvenței ce definește averea debitorului prin aceea că reprezintă totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, care pot face obiectul executării silite, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă. Cu toate acestea, faptul că bunul ce a făcut obiectul unei convenții de limitare a dreptului de urmărire nu poate fi urmărit de unul dintre creditori (cel care a fost parte la convenție), nu-i poate împiedica pe ceilalți creditori să-și satisfacă creanțele.

O situație ce necesită lămuriri suplimentare poate surveni în ipoteza distribuirii sumelor rezultate din lichidarea unui bun ce a făcut obiectul unei convenții întemeiate pe art. 2325 C.civ. În această ipoteză se va pune problema dacă acel creditor parte a convenției de limitare va putea sau nu să participe la distribuirea

sumelor rezultate din lichidarea celui/aceor bunuri ce au făcut obiectul convenției. Considerăm că răspunsul nu poate fi decât unul afirmativ, atât în procedura de drept comun, a executării silit, cât și în procedura specială a insolvenței.

Această concluzie se desprinde din prevederile art. 10 C.civ. care stabilesc că legile care derogă de la o dispoziție generală se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege. În cazul de față prevederile art. 2325 C.civ. restrâng exclusiv dreptul de a urmări un bun aflat în patrimoniul debitorului semnat al convenției de limitare, fără a se face nicio referire la suprimarea dreptului de a participa la distribuirea veniturilor rezultate din executarea silită demarată de alți creditori. În aceste condiții, creditorul care a încheiat o convenție de limitare a drepturilor sale de urmărire a anumitor bunuri din patrimoniul debitorului va putea participa la distribuirea sumelor rezultate din lichidarea acelor bunuri, însă în calitate de creditor chirografar și bineînțeles în limita creanței sale.

3.4. Clauzele de insesizabilitate/inalienabilitate

În ipoteza în care aceste clauze s-au încheiat în mod valabil, prin respectarea inclusiv a procedurilor de opozabilitate, anterior deschiderii procedurii insolvenței, ele își vor produce în continuare efectele de la momentul deschiderii procedurii insolvenței. Constituirea unei clauze de preferință asupra acestor bunuri, în condițiile art. 2351 C.civ., va determina trecerea creanței astfel garantate în categoria creanțelor chirografare, sub condiția rezolutorie a desființării clauzei de insesizabilitate, respectiv afectată de un termen extinctiv – expirarea termenului clauzei de insesizabilitate care nu poate avea o durată mai mare de 49 de ani. Concomitent, acel creditor va fi trecut în tabelul de creanțe în categoria creditorilor garantați sub condiția suspensivă a invalidării clauzei de insesizabilitate, respectiv afectată de un termen suspensiv – expirarea termenului clauzei de insesizabilitate.

Clauza de insesizabilitate va putea fi desființată, odată cu deschiderea procedurii insolvenței după cum urmează:

(i) prin exercitarea acțiunii în anularea actelor frauduloase, în conformitate cu prevederile art. 117 din Codul insolvenței, bineînțeles dacă sunt întrunite condițiile de admisibilitate;

(ii) în baza unui plan de reorganizare în care să se prevadă această măsură, a desființării clauzei de insesizabilitate în vederea lichidării bunurilor în cauză, în scopul acoperirii pasivului debitoare – art. 133 alin. (5) din Codul insolvenței, coroborat cu art. 627 alin. (2) C.civ.;

(iii) în ipoteza intrării în procedura falimentului, prin aplicarea prevederilor art. 627 alin. (2) C.civ. Astfel, dobânditorul poate fi autorizat de instanță să dispună de bun dacă interesul care a justificat clauza de inalienabilitate a bunului a dispărut sau dacă un interes superior o impune. Odată deschisă procedura falimentului, este evident că nu mai poate fi justificat un interes în menținerea clauzei de inalienabilitate și în plus, este evident că există un interes superior care impune desființarea clauzei de inalienabilitate, anume interesul general al creditorilor în a-și recupera creanțele (art. 2 din Codul insolvenței). Judecătorul-sindic va fi competent să soluționeze o astfel de cerere întemeiată pe prevederile art. 627 C.civ.

În ceea ce privește mecanismul pus la dispoziția administratorului judiciar/lichidatorului de art. 123 din Codul insolvenței, anume posibilitatea de a denunța anumite contracte în scopul maximizării averii debitorului, el nu va putea fi folosit pentru desființarea clauzelor de inalienabilitate/insesizabilitate. Rațiunea acestei concluzii rezidă în faptul că art. 123 din Codul insolvenței oferă posibilitatea desființării contractelor, iar nu doar a anumitor clauze contractuale. În plus, pentru a putea aplica prevederile art. 123 din Codul insolvenței, contractele nu trebuie să fi fost executate în totalitate ori substanțial de către toate părțile implicate.

Secțiunea a 3-a. Privilegiile

§1. Considerații generale

Privilegiul este o garanție acordată de lege, care îi conferă unui creditor, în baza creanței sale, garanția realizării acesteia cu

prioritate față de ceilalți creditori¹. Prin urmare, privilegiul vizează calitatea creanței, adică faptul juridic sau cauza care a dat naștere creanței, iar nu obiectul, modalitatea, prioritatea sau persoana creditorului².

Întrucât nu calitatea creditorului este importantă în determinarea existenței sau nu a unui privilegiu, ci calitatea creanței, rezultă că privilegiul nu se stinge prin *cesiunea creanței*. El va fi transmis împreună cu toate drepturile și obligațiile accesorii, printre care se va număra și privilegiul. Cu titlu de exemplu menționăm că înstrăinarea unei creanțe salariale, înscrise în tabelul de creanțe în această categorie, nu va avea drept efect stingerea privilegiului și transformarea ei într-una chirografară, chiar dacă dobânditorul nu este un fost sau actual salariat al debitoarei. În aceste condiții cesionarul creanței, indiferent de calitatea sa, va fi înscris în tabelul de creanțe cu o creanță salarială, urmând a beneficia de toate drepturile procedurale ce decurg din această calitate.

Creanțele creditorilor furnizori indispensabili nu beneficiază de un privilegiu, ele fiind incluse în categoria creditorilor chirografari. Clasa de creditori indispensabili este creată exclusiv în vederea votării planului de reorganizare, această calitate fiind irelevantă la distribuirea sumelor în procedura insolvenței. Prin urmare, de la momentul operării cesiunii, va înceta caracterul de creanță a unui furnizor indispensabil, ea urmând să fie inclusă, în vederea votării planului, în categoria creditorilor chirografari ordinari.

Privilegiul este cea mai solidă garanție în ierarhia cauzelor de preferință deoarece permite titularului său satisfacerea prioritară a creanței, indiferent dacă drepturile celorlalți creditori s-au născut ori au fost înscrise mai înainte. Singura excepție de la această regulă este cea reglementată de art. 156 din Legea nr. 71/2011, în sensul că un creditor privilegiat nu va fi preferat în fața creditorilor ipotecari a căror ipotecă a fost perfectată anterior înregistrării privilegiului³.

¹ Idem, nota art. 2333.

² G. Boroi, A. Ilie, Comentariile Codului civil. Garanțiile personale. Privilegiile și garanțiile reale, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 109.

³ A. Dimitriu, în Colectiv, Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații, op. cit., nota art. 2335 (www.legalis.ro).

Privilegiile, spre deosebire de garanțiile reale nu presupun existența unui drept de urmărire, garanția limitându-se exclusiv la preferința la distribuirea sumelor¹. În procedura insolvenței, deoarece dreptul de urmărire este suprimat ca efect al aplicării prevederilor art. 75 din Codul insolvenței, acest inconvenient este oricum neutralizat.

§2. Privilegiile în procedura insolvenței

Conform Codului civil (art. 2338-2339) privilegiile sunt fie generale, fie speciale. Cele speciale sunt identificate la art. 2339 C.civ. și sunt două la număr: (i) creanța vânzătorului neplătit pentru prețul bunului mobil vândut unei persoane fizice este privilegiată cu privire la bunul vândut, cu excepția cazului în care cumpărătorul dobândește bunul pentru serviciul sau exploatarea unei întreprinderi; (ii) creanța celui care exercită un drept de retenție este privilegiată cu privire la bunul asupra căruia se exercită dreptul de retenție, atât timp cât acest drept subzistă.

Alin. (2) al art. 2339 C.civ. reglementează incomplet ordinea de exercitare a privilegiilor, făcând referire exclusiv la cele speciale, omițând a menționa ordinea în ipoteza concursului între privilegiile generale și cele speciale. Privilegiile speciale sunt, în principiu, preferate privilegiilor generale, cu o singură excepție. Această excepție este vizată de textul art. 867 C.proc.civ. Creanțele reprezentând cheltuieli de judecată, pentru măsuri asigurătorii sau de executare silită (în cadrul procedurii insolvenței va fi vorba despre cheltuielile de procedură), pentru conservarea bunurilor al căror preț se distribuie vor fi preferate celor privilegiate (indiferent dacă vorbim despre privilegii speciale sau generale). După achitarea acestora, în ipoteza existenței unui concurs între privilegii, vor avea prioritate cele speciale, în ordinea dictată de art. 2339 C.civ., urmându-le privilegiile generale, atunci când este cazul.

În procedura insolvenței, privilegiile generale sunt cele reglementate de art. 161 din Codul insolvenței, text legal ce stabilește

¹ G. Boroi, A. Ilie, op. cit., p. 110.

ordinea în care vor fi achitate creanțele în cazul falimentului: (i) taxele, timbrele sau orice alte cheltuieli aferente procedurii instituite prin prezentul titlu, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, pentru continuarea activității, precum și pentru plata remunerațiilor persoanelor angajate potrivit prevederilor art. 57 alin. (2), art. 61, art. 63 și art. 73, sub rezerva celor prevăzute la art. 140 alin. (6) din Codul insolvenței; (ii) creanțele provenind din finanțări acordate potrivit art. 87 alin. (4) din Codul insolvenței; (iii) creanțele izvorâte din raporturi de muncă; (iv) creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii, cele datorate cocontractanților potrivit prevederilor art. 123 alin. (4) și cele datorate terților dobânditori de bună-credință sau subdobânditorilor care restituie averii debitorului bunurile ori contravaloarea acestora potrivit prevederilor art. 120 alin. (2), respectiv ale art. 121 alin. (1) din Codul insolvenței; (v) creanțele bugetare; (vi) creanțele reprezentând sumele datorate de către debitor unor terți, în baza unor obligații de întreținere, alocații pentru minori sau de plată a unor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență; (vii) creanțele reprezentând sumele stabilite de judecătorul-sindic pentru întreținerea debitorului și a familiei sale, dacă acesta este persoană fizică; (viii) creanțele reprezentând credite bancare, cu cheltuielile și dobânzile aferente, cele rezultate din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, din chirii, creanțele corespunzătoare art. 123 alin. (11) lit. b) din Codul insolvenței, inclusiv obligațiunile; (ix) alte creanțe chirografare; (x) creanțele subordonate.

În privința acestei ultime categorii, cea a **creanțelor subordonate**, este necesar a fi făcute câteva precizări. Trebuie observat că creanțele subordonate sunt tot creanțe chirografare, ca natură juridică. Distincția făcută de lege față de celelalte creanțe chirografare are relevanță doar în privința ordinii de distribuire, neafectând în niciun fel celelalte drepturi ale creditorului chirografar. Caracterul subordonat nu poate fi extins la alte aspecte ale procedurii, în lipsa unei prevederi exprese în acest sens – *ubi lex non distinguit non distinguere debemus*. În aceste condiții este greșită hotărârea judecătoarei-sindic prin care a fost anulată hotărârea

Adunării Creditorilor prin care s-a votat componența Comitetului creditorilor cu argumentația că un creditor cu o creanță subordonată nu poate face parte din acest organ al procedurii¹. Creditorul în cauză, fiind unul chirografar, va putea fi numit în comitetul creditorilor întrucât prevederile art. 50 din Codul insolvenței nu operează nicio distincție în această privință.

Ordinea de preferință și componența fiecărei clase reglementate de art. 161 din Codul insolvenței este relevantă în etapa lichidării judiciare, însă trebuie reținut deja că în vederea calificării unei creanțe drept beneficiară a unei cauze de preferință, prin invocarea unui privilegiu, acea creanță trebuie să se încadreze în prevederile art. 2339 C.civ., cu alte cuvinte să fie vorba despre un privilegiu special, survenit anterior deschiderii procedurii insolvenței. O astfel de creanță va putea fi catalogată drept beneficiară a unei cauze de preferință și inclusă în această categorie, urmând a beneficia de toate drepturile și obligațiile aferente clasei creditorilor garantați.

Secțiunea a 4-a. Ipoteca

§1. Considerații generale

1.1. Noțiuni

Ipoteca este definită drept acea garanție reală ce poartă asupra bunurilor mobile sau imobile afectate executării unei obligații în virtutea căreia creditorul ipotecar are un drept real de garanție și un drept de preferință asupra bunului ipotecat². Intenția legiuitorului este aceea de a sugera că orice obligație valabil născută poate genera nașterea unei ipoteci fără ca acest drept de preferință să sufere limitări din pricina obligației principale (cu excepția cuantumului

¹ Trib. București, Secția a VII-a, sentința civilă nr. 7763/29.06.2012 (nepublicată).

² G. Boroi, A.G. Ilie, op. cit., p. 127.

garantat)¹. Este însă important de precizat că doar acele obligații ce se pot executa silit pot constitui obiect al ipotecii, obligațiile naturale neputând fi garantate cu o ipotecă².

După cum se poate lesne observa din reglementarea art. 2343 C.civ., spre deosebire de reglementarea anterioară, cea a C.civ. din 1864, obiect al ipotecii îl pot face atât bunurile mobile, cât și cele imobile.

1.2. Scopul și rolul ipotecii în procedura insolvenței

Finalitatea existenței oricărei garanții, deci și a ipotecii, este asigurarea executării obligației principale. Odată deschisă procedura insolvenței, rolul ipotecii este modificat. Nu mai poate fi vorba despre asigurarea executării obligației principale care, în mod evident nu se mai poate face [art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței sancționează cu nulitatea absolută toate plățile făcute de debitoare ulterior momentului deschiderii procedurii insolvenței dacă nu sunt autorizate de judecătorul-sindic sau dacă nu fac parte din operațiunile curente ale debitorului conform art. 87 din Codul insolvenței], ci vorbim despre maximizarea șanselor de recuperare a creanței în cadrul procedurii insolvenței – procedură colectivă ce presupune participarea tuturor creditorilor debitoarei.

Datorită evoluției practicii de creditare, *in genere*, tendința la nivel european este de a imprima un caracter flexibil regimului juridic al garanțiilor, în sensul că un drept de preferință nu trebuie esențial legat de la naștere și până la stingere de aceeași obligație³. Legiuitorul român s-a raliat acestei tendințe prin reglementarea

¹ Art. 2427 alin. (3) C.civ. stabilește faptul că cesiunea rangului se face în limita creanței ipotecare al cărei rang a fost cedat, iar schimbul rangului se face în limita creanței ipotecare care are rangul preferat.

² B. Vișinoiu, în *FLA. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.)*, op. cit., 2012, comentariul art. 2343 C.civ. (www.legalis.ro).

³ A.A. Moise, Cesiunea autonomă a dreptului de ipotecă imobiliară și schimbarea rangului acestuia în lumina Noului Cod civil, în *Dreptul* nr. 6/2014, p. 10.

instituțiilor cesiunii ipotecii și a rangului ipotecii, respectiv a schimbării rangului ipotecii¹.

1.3. Caracterele juridice ale ipotecii în procedura insolvenței

1.3.1. Ipoteca – drept real

O primă caracteristică a ipotecii este aceea că este un drept real. Fiind un drept real beneficiază de cele două drepturi specifice caracterului său real, anume preferința și urmărirea. La momentul deschiderii procedurii insolvenței ipoteca va rămâne un drept real, însă nu va beneficia decât de dreptul de preferință, prerogativa urmăririi fiind anihilată (art. 75 din Codul insolvenței), fiind lăsat locul unei proceduri speciale, concursuale, de recuperare a creanțelor.

Conform celor arătate și în primul Capitol, Codul insolvenței, prin prevederile art. 78, reglementează o situație de excepție prin care dreptul de urmărire de care beneficiază, *in genere*, creditorul ipotecar să fie materializat și în cadrul procedurii insolvenței. Astfel, creditorul titular al unui creanțe ce beneficiază de un drept de preferință poate solicita judecătorului-sindic ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 din Codul insolvenței cu privire la creanța sa și valorificarea imediată a creanței sale în cadrul procedurii.

Cererea de ridicare a suspendării instituite de art. 78 din Codul insolvenței se poate realiza atunci când valoarea obiectului garanției, stabilită în urma efectuării unei expertize de către un evaluator conform standardelor internaționale de evaluare, este pe deplin acoperită de valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu acel obiect și: (i) obiectul garanției nu prezintă o importanță determinantă pentru reușita planului de reorganizare propus sau (ii) obiectul garanției face parte dintr-un ansamblu funcțional, iar prin desprinderea și vânzarea lui separată, valoarea bunurilor rămase nu se diminuează.

O altă ipoteză care îi permite creditorului garantat ridicarea suspendării este cea a inexistenței unei protecții corespunzătoare a

¹ Art. 2358 și art. 2427 C.civ.

creanței garantate în raport cu obiectul garanției, din cauza: (i) diminuării valorii obiectului garanției sau existenței unui pericol real ca aceasta să sufere o diminuare apreciabilă; (ii) diminuării valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior, ca urmare a acumulării dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel la o creanță garantată cu rang superior; (iii) lipsei unei asigurări a obiectului garanției împotriva riscului pieirii sau deteriorării.

În această din urmă ipoteză judecătorul-sindic va putea respinge cererea de ridicare a suspendării formulate de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului, precum: (i) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru acoperirea diminuării valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior; (ii) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru satisfacerea dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel și, respectiv, pentru reducerea capitalului creanței sub cota de diminuare a valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior; (iii) novația obligației de garanție prin constituirea unei garanții suplimentare, reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

Trebuie notat faptul că procedura instituită de art. 78 din Codul insolvenței se poate realiza numai în cadrul procedurii insolvenței, prin intermediul lichidatorului judiciar, iar nu de către un executor judecătoresc, în afara procedurii insolvenței¹.

Concluzionând, se observă că, la momentul deschiderii procedurii insolvenței, creditorul ipotecar pierde dreptul de urmărire a bunului asupra căruia poartă ipoteca sa, cu excepția ipotezelor de la art. 78 din Codul insolvenței.

1.3.2. Natura accesorie a dreptului de ipotecă

Dreptul de ipotecă este, prin natura sa, un drept accesoriu, el subzistă cât timp există obligația pe care o garantează (art. 2344

¹ Trib. Dolj, Secția comercială, sentința nr. 312/21.06.2007, în *Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România*, Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, vol. II.

C.civ.) și poartă în întregime asupra tuturor bunurilor grevate, asupra fiecăruia dintre ele și asupra fiecărei părți din acestea, chiar și în cazurile în care proprietatea este divizibilă sau obligațiile sunt divizibile. Într-o opinie exprimată în literatura de specialitate s-a reținut că în reglementarea Codului civil caracterul accesoriu nu mai ține de esența ipotecii, ci de natura sa, considerându-se că din moment ce se poate conveni asupra cedării ipotecii (art. 2358 C.civ.) și folosirea ei pentru garantarea unei alte obligații, ea își pierde caracterul accesoriu¹. Trebuie remarcat însă faptul că cesiunea ipotecii și atașarea ei lângă o altă creanță nu are drept rezultat transformarea sa într-un drept principal. Din contră, ipoteca, și în această ipoteză, va rămâne un drept accesoriu, fiind schimbată exclusiv creanța pe care o garantează. Dreptul de ipotecă nu va putea niciodată subzista ca o obligație principală întrucât inclusiv în ipoteza instituției cesiunii ipotecii, acest drept va fi în permanență atașat unui drept de creanță (fie dreptului originar de creanță, fie dreptului de creanță subsecvent).

Caracterul de drept accesoriu generează și o limitare a întinderii ipotecii, care nu se poate extinde ca efecte peste quantumul creanței garantate (cu excepția ipotezei în care se menționează altfel în actul constitutiv). Aceeași este situația și în ipoteza în care este vorba despre o ipotecă legală instituită în temeiul prevederilor art. 154 alin. (5)-(7) C.proc.fisc.² Dacă dreptul de ipotecă legală este înscris în cartea funciară numai până la concurența debitului și nu se menționează valoarea dobânzilor, penalităților și majorărilor

¹ G. Boroi, A.G. Ilie, *Garanțiile personale. Privilegiile și garanțiile reale*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 127.

² Dacă în baza unui contract de concesiune încheiat cu un creditor bugetar s-a procedat la încheierea unui proces-verbal de aplicare a sechestrului și acesta a fost înscris în cartea funciară, potrivit prevederilor art. 154 alin. (6) C.proc.fisc., sechestrul aplicat asupra bunurilor imobile în temeiul alin. (5) constituie ipotecă legală, iar acesta conferă creditorului fiscal în raport cu alți creditori, aceleași drepturi ca și dreptul de ipotecă, în sensul prevederilor dreptului comun. C.A. Ploiești, Secția comercială, decizia nr. 739/04.07.2007, în *Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009*, vol. II.

aferente, nu se poate accepta creanța în întregime ca fiind o creanță garantată, întrucât, fiind vorba de un act de executare, în concret de sechestrul aplicat de executorul fiscal asupra unui bun imobil, dreptul de ipotecă legală al creditorului garantat presupune în mod obligatoriu existența unui titlu executoriu privind dobânzile, penalitățile sau majorările pretinse¹.

1.3.3. Indivizibilitatea ipotecii

Ipoteca este indivizibilă în sensul că își produce efectele până la achitarea integrală a creanței originare, asupra tuturor bunurilor grevate, asupra fiecăruia dintre ele și asupra fiecărei părți (art. 2344 C.civ.).

§2. Cesiunea ipotecii în procedura insolvenței

2.1. Noțiune

Cesiunea ipotecii este o noutate în dreptul românesc. Conform art. 2358 C.civ., dreptul de ipotecă sau rangul acesteia poate fi cedat în mod separat de creanța asupra căreia poartă. Totodată prevederile art. 2427 C.civ. reglementează și instituția schimbului rangului ipotecii. Pentru a fi susceptibilă de cesionare actul constitutiv al ipotecii trebuie să determine exact suma pentru care a fost constituită. Acesta este rațiunea pentru care ipoteca asupra unei universalități de bunuri (art. 2357 C.civ.) nu poate face obiectul unei cesiuni.

2.2. Condiții de validitate

Contractul de cesiune trebuie încheiat în formă scrisă, sub sancțiunea nulității relative. Această prevedere cuprinsă în alin. (2) al art. 2358 C.civ. reprezintă o veritabilă excepție de la principiul

¹ Trib. Comercial Mureș, sentința nr. 2731/01.11.2006, în *Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România*, Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, vol. II.

simetriei formelor, deoarece constituirea ipotecii imobiliare se poate realiza exclusiv în formă autentică. Cu toate că textul de lege mai sus indicat stabilește în termeni extrem de clari că cesiunea ipotecii se face prin înscris sub semnătură privată, Ordinul ANCPI nr. 700/2014, privind aprobarea Regulamentului de avizare, recepție și înscriere în evidențele de cadastru și carte funciară, la art. 158 alin. (5) contrazice art. 2358 C.civ., stabilind că cesiunea trebuie încheiată în formă autentică.

Bineînțeles, este necesară respectarea formelor de publicitate pentru a asigura transmisiunea valabilă a ipotecii imobiliare (art. 2377 C.civ. impune pentru validarea constituirii ipotecii imobiliare înscrierea în cartea funciară), respectiv pentru a asigura opozabilitatea în privința ipotecii mobiliare. Totodată, pentru a opera o cesiune valabilă în această materie vor trebui respectate și condițiile impuse de art. 2427 C.civ.

Cesiunea ipotecii presupune înstrăinarea dreptului de ipotecă și transformarea creanței cedentului din garantată în chirografară, concomitent cu transformarea creanței cesionarului din chirografară în garantată sau, dacă creanța cesionarului este deja garantată, într-o creanță ce beneficiază de mai multe cauze de preferință.

Cesiunea ipotecii se va putea realiza numai în limita creanței ipotecare al cărei rang a fost cedat, respectiv în limita creanței ipotecare de rang preferat. Creanța ipotecară este cea rămasă de achitat, iar nu cea inițială, înscrisă în actul constitutiv. Prin urmare dacă debitorul a achitat creditorului ipotecar cedent 90% din creanță, acesta va putea ceda ipoteca în limita creanței ipotecare rămase de achitat, adică în limita a 10% din valoarea inițială.

2.3. Cesiunea și schimbarea rangului ipotecii

Din analiza prevederilor legale incidente în această materie, anume art. 2358 și art. 2427 C.civ., rezultă că rangul unei ipotecii poate fi cesionat sau schimbat. În privința cesiunii rangului ipotecii fac vorbire prevederile art. 2358 alin. (1) C.civ.: „dreptul de ipotecă sau rangul acesteia poate fi cedat”, iar în privința posibilității schimbării rangului ipotecii face vorbire art. 2427 alin. (1) teza a II-a

C.civ.: „de asemenea, creditorii ipotecari pot conveni schimbarea rangului ipotecilor lor”.

În doctrină s-a afirmat că art. 2358 C.civ. ar avea de fapt în vedere doar cesiunea ipotecii, referirea la posibilitatea cesiunii rangului trebuind a fi socotită nescrisă sau o simplă inadvertență¹. O astfel de interpretare poate fi reținută exclusiv ca o propunere *de lege ferenda*, respectiv ca o critică adusă redactorilor noului Cod civil, întrucât instanța de judecată este obligată să aplice prevederile legale, oricât de absurde s-ar dovedi a fi (bineînțeles până la limita neconstituționalității, respectiv a neconvenționalității).

2.3.1. Schimbarea rangului ipotecii

Schimbarea rangului presupune existența a doi creditori ce dețin garanții, de rang diferit, asupra aceluiași bun². Această condiție, a existenței a două creanțe garantate cu drept de ipotecă asupra aceluiași bun, este impusă de art. 2427 alin. (1) teza a II-a C.civ. prin aceea că se face vorbire despre schimbarea rangului ipotecilor lor. În situația în care între ipotecile al căror rang se schimbă se găsesc și alte garanții (e.g. sunt trei ipoteci cu rang 1, 2 și 3, iar schimbul rangului se realizează între 1 și 3), creditorilor astfel garantați le va putea fi opusă schimbarea rangului numai dacă au consimțit și ei la această schimbare sau dacă garanția al cărei rang a fost cedat le era opozabilă (e.g. dacă creditorul de rang 2 a fost de acord cu schimbarea rangului sau dacă garanția cu rang 1 era opozabilă creditorului de rang 2).

2.3.2. Cesiunea rangului ipotecii

Cesiunea rangului nu a primit o reglementare extensivă, textul art. 2358 C.civ. limitându-se doar la a indica această posibilitate,

¹ M. Nicolae, *Codex iuris civilis*, tom. 1, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 572.

² G. Boroi, A. Ilie, op. cit., p. 270. Este identificată, pe bună dreptate, o diferență esențială între instituția schimbării rangului și instituția cesiunii rangului. Dacă în privința cesiunii nu este necesar ca ambii creditori să fie garantați, pentru a fi în fața unei schimbări valide a rangului, ambii creditori trebuie să fie ipotecari.

fiind inexistente prevederi referitoare la procedura și efectele pe care le generează o astfel de cesiune.

În această situație pot fi imaginate 2 ipoteze ce vor putea fi întâlnite în practică. *Într-o primă ipoteză*, cesiunea are loc între un creditor ipotecar și un creditor chirografar. În această situație, deoarece creditorul ipotecar cesionează exclusiv rangul său, dreptul său de ipotecă este preservat. Ca efect al acestei cesiuni, creditorul chirografar ar dobândi rangul cedentului consolidându-i-se în patrimoniu un drept de ipotecă. Ca rezultat al acestei cesiuni, cesionarul va dobândi un drept de ipotecă cu rangul avut de către cesionar, iar acesta din urmă, întrucât și-a înstrăinat doar rangul, iar nu ipoteca, va avea ultimul rang ipotecar. Această primă ipoteză însă ar fi profund eronată și inechitabilă, întrucât conține o fractură logico-juridică serioasă, debitorul constituitor ajungând în situația în care, printr-o cesiune asupra căreia nu și-a dat acordul, să îi fie grevat un bun din patrimoniul său cu o nouă ipotecă, ceea ce este de nepermis – încălcarea principiul relativității efectelor actului juridic.

Într-o altă ipoteză, singura viabilă, cesiunea are loc între doi creditori ipotecari ale căror drepturi de ipotecă poartă asupra aceleiași bun. Singura aplicație practică a acestei instituții, ce ar avea inclusiv finalitate economică, ar viza ipoteza în care asupra aceleiași bun sunt trei ipoteci ce aparțin a trei creditori diferiți. Cesiunea rangului ar avea loc între creditorul ce are rangul 1 (în calitate de cedent) și creditorul care are rangul 2 (în calitate de cesionar). Întrucât vorbim despre o cesiune a rangului, cedentul va dobândi exclusiv rangul cesionarului. Ca urmare a acestei cesiuni, cesionarul își va păstra rangul 2 al ipotecii sale însă va dobândi și rangul 1 de la cedent. În aceste condiții toată creanța cesionarului va dobândi rangul 1. Al treilea creditor ipotecar, ce avea anterior intervenirii cesiunii rangul 3 va dobândi rangul 2, urmând ca creditorul cedent să dobândească ultimul rang întrucât și-a cedat rangul său, fără însă a-și ceda și ipoteca. Cesiunea rangului se va realiza în limita creanței ipotecare al cărei rang a fost cedat, iar schimbul rangului se face în limita creanței ipotecare care are rangul preferat [art. 2427 alin. (3) C.civ.].

2.4. Cesiunea ipotecii

Cesiunea ipotecii presupune înstrăinarea dreptului de ipotecă și transformarea creanței deținute de cedent din garantată în chirografară concomitent cu transformarea creanței cesionarului din chirografară în garantată sau, dacă creanța cesionarului este deja garantată, într-o creanță ce beneficiază de mai multe garanții. Cesiunea își va produce efectele în limita creanței garantate a cărei ipotecă a fost cedată. Cu alte cuvinte, această operațiune juridică, contractuală prin natura sa, presupune doar schimbarea creditorului garantat, dar nu și a bunului grevat¹. Este important de menționat faptul că textul art. 2427 C.civ. nu impune acordul, respectiv notificarea proprietarului bunului grevat².

Dacă, în urma cesiunii rangului ipotecii, creditorul a dobândit rangul unei creanțe sub condiție, iar bunul supus ipotecii este vândut la licitație, creditorul cesionar al rangului va putea renunța la beneficiul schimbului de rang, creanța ipotecară condițională reluându-și rangul cedat. Renunțarea la beneficiul rangului este posibilă numai dacă rangul deținut anterior nu a fost la rândul său cedat. Condiția despre care face vorbire art. 2427 alin. (4) C.civ. este una suspensivă, deoarece condiția rezolutorie nu afectează exigibilitatea creanței. În plus, potrivit alin. (1) al art. 2459 C.civ. creditorului ipotecar mobilier a căru creanță este afectată de o condiție rezolutorie îi este permis să se îndeostuleze din prețul obținut prin vânzarea silită.

2.5. Egalizarea rangurilor și împărțirea rangurilor egale

Aceste operațiuni nu au primit o definire din partea legiuitorului, dar nici nu reprezintă operațiuni apte a intra în conflict cu regimul juridic al ipotecii.

Egalizarea rangurilor este aceea convenție prin care creditorii ipotecari de ranguri diferite pot conveni ca ipotecile să dobândească

¹ A.A. Moise, Cesiunea autonomă a dreptului de ipotecă imobiliară și schimbarea rangului acestuia în lumina Noului Cod civil, loc. cit., p. 13.

² Idem, p. 24.

rang egal. O astfel de convenție este posibilă în dreptul românesc întrucât un rezultat similar poate surveni și în ipoteza schimbului de rang, atunci când creanțele au cuantumul diferit. Cu titlu de exemplu, în doctrină au fost indicate două texte legale [art. 890 alin. (3) teza I, respectiv art. 2326 alin. (2) C.civ.] care tolerează ideea de rang egal al unor ipoteci¹.

Împărțirea rangurilor egale este operațiunea simetric inversă celei de mai sus. Creditorii ipotecari cu rang egal au posibilitatea ca în mod convențional să instituie rangul prioritar doar pentru unul sau unii dintre aceștia².

2.6. Operațiunile asimilate ipotecii

Conform prevederilor art. 2347 C.civ., vor fi asimilate dreptului de ipotecă și, implicit, vor produce efecte similare acestui drept contractele care au ca efect conservarea sau constituirea unui drept asupra unui bun pentru a asigura executarea unei obligații, oricare ar fi numărul, natura sau denumirea lor.

În vederea asigurării opozabilității față de terții care au dobândit drepturi cu privire la acel bun, va fi necesară înscrierea în registrele de publicitate, potrivit regulilor stabilite pentru ipoteci. Întrucât textul art. 2347 alin. (1) C.civ. sancționează doar cu inopozabilitatea față de terții care dobândesc alte drepturi asupra bunului supus operațiunii asimilate ipotecii, trebuie precizat că faptul neînscrierii în registrele de publicitate nu va afecta valabilitatea nașterii dreptului de preferință. Prin urmare, deși în privința dreptului de ipotecă, nașterea acestui drept este direct și strâns legată de înscrierea în registrele de publicitate (carte funciară, respectiv Arhiva Electronică), operațiunile asimilate ipotecii, astfel cum sunt ele definite de art. 2347 C.civ. nu trebuie să respecte o asemenea condiție de valabilitate, faptul neînscrierii afectând exclusiv rangul dreptului de preferință, în ipoteza în care terții dobândesc alte drepturi de preferință asupra aceluiași bun, pe care le înscriu în registrele de publicitate.

¹ Idem, p. 28.

² Ibidem.

Textul legal [art. 2347 alin. (1) C.civ.] enumeră, cu titlu exemplificativ operațiunile care sunt asimilate astfel ipotecilor: clauzele de rezervă a proprietății, pactele de răscumpărare ori cesiunile de creanță încheiate în scop de garanție.

2.6.1. Clauza de rezervă a proprietății¹

Rezerva proprietății este reglementată în art. 1755-1757 C.civ. Din chiar definiția legală a acestei instituții se poate observa că ipoteza ce este avută în vedere este cea a plății prețului în rate. Nimic nu împiedică însă părțile să încheie un contract în cadrul căruia să insereze o astfel de clauză, în ipoteza în care prețul se achită integral, la un termen ulterior semnării contractului de vânzare. Întrucât clauza de rezervă a proprietății nu este destinată exclusiv contractelor cu plata prețului în rate, trebuie reținută o altă definiție decât cea cuprinsă în textul legal. Rezumând, această clauză conferă vânzătorului drepturi sporite, în sensul că permite vânzătorului să solicite restituirea bunului vândut în lipsa achitării prețului².

Orice alte vânzări condiționate vor putea fi considerate drept operațiuni asimilate ipotecilor, urmarea acestui fapt fiind că ele trebuie să se conformeze regulilor de publicitate specifice, fie ipotecii imobiliare, fie celei mobiliare, pentru a-i avertiza pe terții posibil interesați de achiziționarea bunului de adevăratul regim juridic al bunului³.

2.6.2. Pactele de răscumpărare

Pactele de răscumpărare beneficiază la rândul lor de o reglementare specială (art. 1758-1762 C.civ.) și pot fi folosite drept

¹ A. Lienhard, *Reserve de propriété: revendication du prix contre un sous-acquéreur*, în *Reueil Dalloz* nr. 24/7209, 2005, p. 1633; J. Billemont, *Clause de réserve de propriété et accession en matière mobilière: quand la propriété du tissu n'emporte pas la propriété des dessous*, în *La Semaine Juridique* nr. 5/2012, p. 25.

² E. Chvika, *Droit prive et procédures collectives*, Defrenois, Paris, 2003, p. 231.

³ B. Vișinoiu, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 2347 C.civ. (www.legalis.ro)*.

modalități practice de constituire a unor garanții. „Vânzătorul” va fi în acest caz debitorul, în timp ce „cumpărătorul” va fi creditorul ipotecar¹. La expirarea termenului maxim prevăzut de lege, se va putea exercita din partea vânzătorului.

2.6.3. Cesiunea de creanță

Cesiunea de creanță încheiată în scop de garanție se deosebește de ipoteca asupra creanței ce se bucură de o reglementare proprie (art. 2398 C.civ.).

Mecanismul cesiunii de creanță în scop de garanție presupune un transfer condiționat al creanței de la cedent (debitor), către cesionar (creditor), în cazul îndeplinirii condiției (neplata datoriei). În caz de neplată, cesionarul poate solicita debitorului cedat efectuarea plății. Până la momentul neîndeplinirii condiției, cesionarul nu poate solicita debitorului cedat plata creanței². Legea nr. 71/2011 a adus în art. 158 o completare situației în care cesiunea de creanță se încheie în scop de garanție: executarea silită va privi doar drepturile cesionarului cu privire la transferul creanței cedate, adică preluarea înscrisurilor constatatoare ale creanței fie prin mijloace pașnice, fie cu ajutorul organelor de executare³.

2.7. Aplicarea aspectelor de noutate din materia ipotecii reglementate de Codul civil în procedura insolvenței

2.7.1. Excepție de la prevederile art. 75 din Codul insolvenței

Conform art. 2468 și urm. C.civ., odată începută, procedura de vânzare silită a bunului supus unei ipotecii mobiliare nu se suspendă la momentul deschiderii procedurii insolvenței.

Această concluzie se desprinde din prevederile art. 2472 C.civ. care reglementează încetarea administrării. Astfel, administrarea,

¹ Ibidem.

² R. Rizoiu, *Garanțiile reale mobiliare*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 28.

³ B. Vișinoiu, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 2347 C.civ. (www.legalis.ro)*.

care debutează la momentul demarării procedurii de vânzare silită a bunului ipotecat (art. 2470 C.civ.), încetează în cazul în care creditorul și-a acoperit creanța, inclusiv despăgubirile și cheltuielile privind executarea, în cazul în care a făcut o notificare prin care alege altă modalitate de executare, precum și în alte cazuri prevăzute de lege.

Prevederea care ne interesează este cea de la teza a II-a a art. 2472 C.civ. care statuează că declararea falimentului persoanei împotriva căreia se execută garanția nu duce la încetarea administrării. Cu titlu prealabil trebuie semnalată lipsa de coerență terminologică a legiuitorului care s-a referit la deschiderea procedurii falimentului. Este evident că, în fapt, redactorii acestui articol au avut intenția să se refere la deschiderea procedurii insolvenței *in genere*, iar nu la faza particulară a procedurii insolvenței denumită faliment. Oricum, trecând peste această lipsă de coerență, finalitatea reglementării este clară, în sensul că deschiderea procedurii insolvenței nu are ca efect suspendarea procedurii de vânzare silită a bunului mobil ipotecat, în acest mod fiind instituită o veritabilă excepție de la prevederile art. 75 din Codul insolvenței.

2.7.2. Discuțiunea bunurilor mobile

Conform art. 2434 C.civ., un creditor ipotecar de rang inferior poate să se opună la urmărirea bunului mobil care îi este anume ipotecat, dacă au mai rămas bunuri mobile suficiente ipotecate în favoarea creditorului de rang superior pentru aceeași datorie. Bineînțeles că se poate pune întrebarea dacă poate fi invocată discuțiunea bunurilor mobile în procedura insolvenței la momentul lichidării bunurilor afectate de ipoteci mobiliare.

Conform celor reținute în doctrină¹, odată invocat, beneficiul de discuțiune determina suspendarea urmăririi pornite împotriva creditorului bunului mobil ipotecat. În procedura insolvenței această suspendare a executării silite este oricum instalată (art. 75 din Codul insolvenței). În aceste condiții s-ar putea pune problema suspendării procedurilor de lichidare a bunului ce face obiectul

¹ Idem, comentariul art. 2434 C.civ.

excepției de discuțiune, proceduri ce sunt derulate de administratorul judiciar în cadrul unei proceduri (colective și concursuale) ce excede reglementării dictate de art. 2434 C.civ. Considerăm că procedura de vânzare nu va putea fi oprită prin invocarea discuțiunii, însă este evident că prețul încasat în cadrul procedurii de lichidare nu va fi distribuit în ipoteza în care bunurile ipotecate în favoarea creditorului de rang superior nu au fost, la rândul lor, lichidate. Argumentul pe care ne sprijinim această concluzie este dat de necesitatea identificării împrejurării dacă creditorul de rang superior și-a putut acoperi creanța din valorificarea celorlalte bunuri ce erau grevate de ipotecă în favoarea sa. Astfel, dacă ulterior valorificării și distribuirii sumelor aferente bunurilor ce erau ipotecate în favoarea creditorului cu rang superior, acesta nu și-a stins în tot creanța, vor fi distribuite și sumele rezultate din valorificare a bunului cu privire la care s-a invocat discuțiunea, bineînțeles până la concursul creanței sale, restul acestor sume urmând a-i fi distribuite creditorului care a făcut uz de prevederile art. 2434 C.civ.

2.7.3. Discuțiunea bunurilor imobile

Conform prevederilor art. 2478 C.civ. creditorul nu poate urmări în același timp imobilele care nu sunt ipotecate, decât în cazul în care bunurile care îi sunt ipotecate nu sunt suficiente pentru plata creanței sale. Întrucât procedura insolvenței este una derogatorie de la dreptul comun, nefiind posibilă urmărirea unor bunuri ale debitorului de către creditori, în mod individual, de la momentul deschiderii procedurii insolvenței, discuțiunea imobiliară nu mai poate fi invocată.

2.7.4. Extinderea ipotecii asupra fructelor

Conform art. 2383 C.civ., dreptul de ipotecă se extinde asupra fructelor imobilului, de la momentul notării în registrele de publicitate a deschiderii procedurii insolvenței. În aceste condiții, sumele rezultate din chirii, arende etc. urmează a fi distribuite creditorului ipotecar imobiliar. Acest nou efect al deschiderii procedurii insol-

venței, introdus prin noul Cod civil¹, deși are un rol protectiv în ceea ce-i privește pe creditorii ipotecarei, va perturba serios procedura insolvenței.

În primul rând că prin această reglementare este știrbită o sursă de finanțare a debitorului, fiind astfel atenuate șansele de reorganizare a acelor debitori care, intrând în procedura insolvenței plănuiau să își finanțeze activitatea din chirii percepute pe imobile care cel mai adesea sunt ipotecate în favoarea instituțiilor bancare.

O altă dificultate va fi legată de modul în care se vor distribui aceste sume către creditorii ipotecari. În acest sens trebuie amintite prevederile art. 84 din Codul insolvenței care sancționează cu nulitatea plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii insolvenței. Soluția ar fi ca aceste sume să fie ținute și neîntrebuințate până la momentul intrării în reorganizare sau în faliment întrucât în perioada de observație distribuirea oricăror sume este prohibită.

2.7.5. Ipoteca asupra creanței

Art. 2403 C.civ. conține o prevedere interesantă în ceea ce privește modalitate în care se poate recupera creanța ce face obiectul unei ipoteci. Conform celor reținute în doctrină², art. 2403 C.civ. le recunoaște oricăruia dintre cei doi creditori condiționali posibilitatea de a introduce acțiuni contra debitorului cedat, cu singura obligație de a-l introduce în cauză și pe celălalt creditor condițional. Același autor, plecând de la premisa că legea nu distinge cu privire la tipul de acțiuni ce pot fi promovate, concluzionează prin a spune că în principiu, pentru orice acțiune utilizată în instanță împotriva debitorului (cedat), creditorul reclamant va trebui să-l introducă în cauză pe celălalt creditor. În aceste condiții, considerăm că cererea de deschidere a procedurii insolvenței va trebui formulată atât de constitutorul ipoteci asupra creanței, cât și de creditorul ipotecar.

¹ Ne vedem nevoiți să ne manifestăm surprinderea cu privire la alegerea legiuitorului la momentul edictării acestei norme, fiind adăugat un nou efect al deschiderii procedurii insolvenței (o procedură specială) printr-o normă ce se găsește în Codul civil (legea generală).

² B. Vișinoiu, în *FLA. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei* (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 2403 C.civ. (www.legalis.ro).

Secțiunea a 5-a. Gajul

§1. Noțiune

Gajul este o garanție ce conferă titularului dreptul de a deține bunul gajat până la stingerea creanței garantate, de a-l valorifica în caz de neexecutare a obligației și de a se satisface cu preferință. Spre deosebire de vechea reglementare, anterioară Codului civil adoptat prin Legea nr. 287/2009, *de lege lata* gajul este doar cu depozitare, fiind de esența acestei garanții intrarea creditorului în posesia bunului ce face obiectul gajului. Fiind o garanție ce presupune depozitarea debitorului, gajul nu poate avea ca obiect decât bunuri mobile susceptibile de stăpânire materială. În consecință, spre deosebire de sistemul Codului civil din 1864 (art. 1692), gajul nu poate purta asupra bunurilor incorporale, garantarea unor obligații cu astfel de bunuri putându-se realiza doar prin intermediul ipotecii mobiliare¹.

§2. Aspecte controversate privind aplicarea instituției gajului în procedura insolvenței

În materia gajului, poate fi identificată o problemă legată de modalitatea în care acest drept de preferință își va produce efectele în cadrul procedurii insolvenței, cu referire la modalitatea de lichidare a unui bun ce face obiectul unui gaj.

Conform prevederilor art. 2485 C.civ. gajul există numai atât timp cât creditorul deține bunul gajat. De la această prevedere același articol, în cadrul alin. (2), instituie o serie de excepții de la regulă, anume: (i) creditorul nu mai deține bunul, fără voia sa, prin fapta altei persoane; (ii) creditorul a remis temporar bunul debitorului sau unui terț pentru a-l evalua, repara, transforma sau

¹ A.A. Moise, în F.L.A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 2480 C.civ. (www.legalis.ro).

ameliora; (iii) creditorul a remis bunul unui alt creditor al debitorului său în cadrul unei proceduri de urmărire silită.

Din câte se poate observa, printre excepțiile identificate de alin. (2) nu se numără și ipoteza în care bunul supus gajului trebuie să fie remis lichidatorului, respectiv administratorului judiciar, pentru a fi valorificat în cadrul procedurii. Întrucât aceste cazuri reprezintă excepții de la regula instituită de art. 2485 alin. (1) C.civ., anume că gajul există numai atât timp cât creditorul deține bunul gajat, ele nu vor putea fi extinse și la alte cazuri decât cele reglementate în mod expres – art. 10 C.civ. stabilește în termeni extrem de clari că „*legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege*”.

Cu toate acestea, pot fi identificate două operațiuni juridice prin intermediul cărora va fi posibilă vânzarea bunului gajat fără a-i fi afectată garanția creditorului gajist: (i) vânzarea bunului altuia, conform art. 1683 C.civ.; (ii) transformarea gajului în ipotecă în temeiul dispozițiilor art. 78 alin. (2) lit. c) din Codul insolvenței.

(i) Vânzarea bunului altuia. Creditorul gajist va putea face uz de prevederile art. 1683 C.civ. urmând a vinde el însuși bunul supus acestui drept de preferință. Conform celor reținute în doctrina de specialitate, alin. (1) al art. 1683 C.civ. statornicește, cu caracter de noutate, regula potrivit căreia vânzarea unui bun al altuia este în principiu, un contract valabil încheiat. În aceste condiții, atunci când se vinde un bun al altuia, vânzătorul își asumă în fapt, prin contract, obligația de a asigura transmiterea proprietății bunului către cumpărător, obligație care, sub aspectul modalității de executare, se concretizează, astfel cum rezultă din interpretarea textului, în însărcinarea vânzătorului de a procura proprietatea de la adevăratul proprietar și de a o transmite ulterior în patrimoniul cumpărătorului, însă nu printr-un contract distinct, ci chiar prin contractul de vânzare-cumpărare încheiat¹.

¹ D. Dumitru, în *Colectiv*, Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații, op. cit., notele art. 1683 (www.legalis.ro).

(ii) **Transformarea gajului în ipotecă.** Prevederile art. 78 alin. (2) lit. c) din Codul insolvenței permit administratorului judiciar/lichidatorului, dar și debitorului să noveze obligația de garanție, prin constituirea unei garanții suplimentare, reale sau personale, ori prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

În ipoteza supusă discuției considerăm că administratorul judiciar/lichidatorul va putea să noveze garanția creditorului gajist, transformând-o într-un drept de ipotecă pentru a face posibilă vânzarea bunului de o manieră ce să-i permită creditorului garantat să-și păstreze preferința la distribuirea prețului.

Secțiunea a 6-a. Dreptul de retenție

§1. Natura juridică

În funcție de bunurile asupra cărora poartă, dreptul de retenție este fie un privilegiu, fie un drept real de garanție. Astfel, în ipoteza în care dreptul de retenție este invocat cu privire la *bunuri mobile*, el va dobândi natura juridică a privilegiilor. Această concluzie se desprinde în mod clar din prevederile art. 2339 C.civ. care stabilește că creanța celui care exercită un drept de retenție este privilegiată cu privire la bunul asupra căruia se exercită dreptul de retenție, atât timp cât acest drept subzistă.

În ceea ce privește dreptul de retenție exercitat asupra *bunurilor imobile*, acesta nu va putea fi considerat un privilegiu, în sensul reglementat de art. 2339 C.civ., întrucât acesta se limitează stric la bunurile mobile. Conform celor statuate în doctrina¹ recentă, natura dreptului retentorului este cea a unui drept real accesoriu cu funcție de garanție.

Rezumând, achiesăm la opinia² conform căreia funcția de garanție a dreptului de retenție este deosebit de energică în noul

¹ P. Vasilescu, op. cit., p. 117, 197.

² Ibidem.

Cod civil, care face din el un privilegiu special, atunci când retenția e mobiliară (art. 2339 C.civ.), ori o garanție imobiliară cu depozitare. Specificul acestei cauze de preferință este legat de faptul că funcția de garanție a retenției nu este originară, ci survenită, ca urmare a faptului că debitorul ce este totodată și creditor al obligației de restituire a bunului ce face obiectul dreptului de retenție nu va dori să execute datoria pe care o are față de retentor.

§2. Dreptul de retenție în procedura insolvenței

Reglementarea generală a dreptului de retenție conform noul Cod civil prezintă o particularitate demnă de a fi subliniată, anume caracterul opozabil față de terți a acestui drept de preferință, fără îndeplinirea unei formalități de publicitate¹. Astfel, dreptul de retenție este opozabil nu numai proprietarului lucrului, ci și administratorului judiciar/lichidatorului, respectiv celorlalți creditori ai acestuia, inclusiv creditorilor care au o altă garanție asupra bunului în cauză². Acest aspect îi va împiedica să dobândească, în cadrul procedurilor de insolvență, calitatea de creditor beneficiar al unei cauze de preferință, în sensul art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței. În acest sens sunt și prevederile art. 91 alin. (1) din același Cod conform cărora bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, în exercițiul atribuțiilor sale prevăzute de prezenta lege, sunt dobândite libere de orice sarcini, precum privilegiu, ipotecă, gajuri sau drepturi de retenție. Prin urmare se observă o intenție clară a legiuitorului de a include dreptul de retenție în aceeași categorie cu privilegiile, ipotecile, gajurile.

Calificarea unei creanțe drept beneficiară a unei cauze de preferință, reprezentat de un drept de retenție, va trebui făcută în principal de administratorul judiciar/lichidator, la momentul întocmirii tabe-

¹ A. Moise, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei* (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 2498 C.civ. (www.legalis.ro).

² I. Turcu, *Tratat de insolvență*, op. cit., p. 91.

lului preliminar, în urma analizei declarațiilor de creanță. Dreptul de retenție trebuie afirmat de către creditor, nefiind subînțeles¹.

Este adevărat că dreptul de retenție nu figurează printre drepturile accesorii enumerate de art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței, însă considerăm că intenția legiuitorului nu a fost aceea de a exclude această garanție care, după cum am arătat, are fie caracterul unui privilegiu (dacă poartă asupra unui bun mobil), fie caracterul unei garanții reale cu depozitare (dacă poartă asupra unui bun imobil).

În calitate sa de creditor beneficiar al unei cauze de preferință, retentorul va putea participa la distribuirea sumelor rezultate din lichidarea bunului supus acestei garanții. Întrucât existența dreptului de retenție este strâns legată de posesia bunului în cauză, considerăm că vor fi relevante aspectele reținute în Capitolul IV (gajul), referitoare la modalitate în care se va putea fi valorificat bunul în faliment. Astfel, vânzarea bunului ce face obiectul dreptului de retenție, fără a-i fi afectată garanția se va putea realiza prin apelarea la instituția: (i) vânzării bunului altuia, conform art. 1683 C.civ.; (ii) transformării dreptului de retenție în ipotecă în temeiul dispozițiilor art. 78 alin. (2) lit. c) din Codul insolvenței.

Această concluzie a fost reținută și în doctrina anterioară Legii nr. 85/2014, prin faptul că administratorul judiciar, respectiv lichidatorul puteau să recupereze bunul doar dacă plăteau creanța².

¹ Idem, p. 92.

² Idem, p. 91.

Capitolul III Reorganizarea judiciară

Secțiunea 1. Aspecte introductive

§1. Noțiune

Ideea reorganizării judiciare se conturează în mintea acționarilor/asociaților și a organelor de conducere a debitoarei, odată cu momentul deschiderii procedurii insolvenței (în ipoteza deschiderii procedurii la cererea creditorilor), fie anterior, la momentul luării deciziei de formulare a unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței. Celelalte persoane care pot propune plan de reorganizare, anume creditorii, respectiv administratorul judiciar, pot hotărî asupra propunerii unui plan de reorganizare de la momentul dobândirii acestor calități până la expirarea termenului de depunere a planului (30 de zile de la publicarea tabelului definitiv). Indiferent de persoana care propune planul, toți creditorii, fie că sunt chirografari sau sunt beneficiari ai unor cauze de preferință, sunt chemați, cu ocazia demarării procedurilor de reorganizare, să participe la efortul comun destinat salvării întreprinderii/întreprinderilor debitorului aflat în insolvență¹.

Geneza reorganizării judiciare poate fi identificată încă din textul art. 2 din Codul insolvenței. Urmând cronologia textelor legale, pe lângă sediul general al materiei reorganizării (prevederile art. 132-144 din Codul insolvenței), în vederea interpretării în mod corect a normelor indicate va fi necesară apelarea inclusiv la patru din cele 13 principii reglementate de art. 4 din Codul

¹ D. Gibitila, *Droit des entreprises en difficulté*, Deferenois, Paris, 2009, p. 613.

insolvenței, anume: (i) maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor – pct. 1; (ii) acordarea unei șanse debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară – pct. 2; (iii) asigurarea unui tratament egal al creditorilor de același rang – pct. 3; (iv) fundamentarea votului pentru aprobarea planului de reorganizare pe criterii clare, cu asigurarea unui tratament egal între creditorii de același rang, a recunoașterii priorităților comparative și a acceptării unei decizii a majorității, urmând să se ofere celorlalți creditori plăți egale sau mai mari decât ar primi în faliment – pct. 9.

Prin această procedură debitorului îi este acordată o șansă în vederea salvării și însănătoșirii întreprinderii, prin anihilarea cauzelor ce au generat apariția stării de insolvență: achizițiile prea oneroase, pierderea cotei de piață, lipsa temporară de venituri (*cash flow*), lipsa de reacție a conducerii debitoare în fața schimbărilor circumstanțelor din piața pe care activează etc.¹ Acest beneficiu legal acordat debitorului aflat în procedura insolvenței în scopul redresării activității sale presupune eficientizarea activității debitorului și acoperirea pasivului într-un quantum cel puțin egal cu cel realizabil în caz de faliment². În vederea atingerii acestui deziderat și pentru a putea fi verificat caracterul echitabil al planului de reorganizare, de către judecătorul-sindic, administratorul judiciar va dispune, cu acordul comitetului creditorilor, efectuarea unei expertize în vederea stabilirii valorii de piață și a valorii de lichidare a activelor debitorului.

Planul de reorganizare poate conține două categorii de măsuri prin intermediul cărora întreprinderea sau întreprinderile debitorului pot fi salvate³. *Prima* vizează continuarea activității debitorului și salvarea întreprinderilor în interiorul debitorului prin

¹ R. Goode, op. cit., p. 379.

² E. Tănăsică, Reorganizarea judiciară – o șansă acordată debitorului aflat în procedura generală de insolvență, Studii și monografii, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 272.

³ D. Vidal, Droit des procédures collectives, 2^{ème} ed., Gualino, Paris, 2008, p. 242.

măsurile de redresare financiară, logistice și de personal. *A doua categorie*, presupune cesiunea întreprinderii sau a uneia dintre întreprinderile debitorului (ceea ce va permite continuarea activității întreprinderii cesionate) și asigurare concomitentă a resurselor financiare necesare achitării creanțelor din planul de plăți, respectiv în vedere asigurării capitalului de lucru.

Reorganizarea judiciară este procedura aplicabilă debitorului, persoană juridică¹, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanțelor. Procedura de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, implementarea și respectarea unui plan de afaceri, numit plan de reorganizare, care poate să prevadă, împreună sau separat: a) restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului; b) restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social; c) restrângerea activității prin lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului (art. 5 pct. 54 din Codul insolvenței). După cum indică textul de lege mai sus indicat, legiuitorul a manifestat o deschidere totală în ceea ce privește modalitățile de reorganizare, debitorul fiind în drept să aleagă oricare dintre formele indicate la lit. a)-c), separat sau în mod cumulat.

Cu titlu de definiție, putem reține că reorganizarea judiciară este acea etapă a procedurii insolvenței prin intermediul căreia se urmărește acoperirea masei credale, în forma confirmată de judecătorul-sindic, prin modalitățile de redresare, restructurare și reorganizare (în sens civil și societar) ce-i sunt permise debitorului².

¹ Conform prevederilor art. 38 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței profesioniști persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale vor intra direct în procedura simplificată a falimentului.

² Sunt autori care au definit reorganizarea judiciară exclusiv din perspectiva modalității ce implică redresarea financiară, lăsând practic înafara definiției ipotezele în care întreprinderea este înstrăinată, respectiv cele în care se propune o divizare/fuziune ca modalitate de reorganizare: reorganizarea judiciară este acea procedură concursuală și colectivă ce se aplică debitorului-comerciant aflat în stare de insolvență temporară, prin care se urmărește deopotrivă redresarea și continuarea activității debitorului conform unui plan de redresare financiară și achitarea datoriilor

Din practica generată de aplicarea vechii Legi nr. 85/2006 s-a observat¹ că reorganizarea judiciară, în sine, este o modalitate excepțională a procedurii. Majoritatea covârșitoare a cazurilor de insolvență se traduc prin proceduri simplificate de faliment, fie pentru că legea prevede deschiderea procedurii direct ca faliment *stricto sensu* (comercianți persoane fizice, societăți dizolvate), fie pentru că legea prevede falimentul după o scurtă perioadă de observație, fără posibilitatea reorganizării (societăți fantomă, societăți fără bunuri, societăți fără activitate etc. – cu alte cuvinte IMM-uri care fie nu au făcut față concurenței, fie au scurtcircuitat mediul de afaceri).

În plus, trebuie menționat că o mare parte a debitorilor pentru care s-a obținut confirmarea unui plan de reorganizare nu reușesc să respecte programul de plăți asumat, motiv pentru care intră în faliment ca urmare a eșuării planului de reorganizare. Aici mai trebuie adăugată noutatea legislativă adusă de prevederile art. 75 alin. (4) din Codul insolvenței care îi permit în mod expres creditorului ce deține o creanță curentă certă lichidă și exigibilă (de peste 60 de zile), ce este recunoscută de administratorul judiciar sau, în lipsa unei astfel de recunoașteri, ce este constatată de judecătorul-sindic, să solicite fie în perioada de observație, fie în cea de reorganizare, intrarea în faliment.

În reglementarea anterioară (art. 2 din Legea nr. 85/2006) nu erau indicate în mod expres modalitățile prin care scopul procedurii insolvenței putea fi atins, însă erau păstrate, în mod firesc, aceleași modalități de realizare a scopului procedurii² ca cele din reglementarea Legii nr. 64/1995³. *De lege lata*, textul art. 2 din Codul insolvenței a suferit o modificare consistentă față de Legea

acestuia către creditorii săi, în *A.C. Târșia*, Reorganizarea persoanei juridice de drept privat, Studii și monografii, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 284.

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 637.

² St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 29.

³ Conform art. 2 din Legea nr. 64/1995 „Scopul legii este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, fie prin reorganizarea activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment”.

nr. 85/2006, fiind preferată modalitatea reorganizării judiciare, bineînțeles atunci când ea este în mod obiectiv posibilă¹. Această idee se desprinde și din principiul reglementat de art. 4 pct. 2 din Codul insolvenței, conform căruia debitorului trebuie să-i fie acordată o șansă de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară. Cu toate acestea, salvarea debitorilor aflați în insolvență nu este un scop în sine al legii, ceea ce înseamnă că ori de câte ori nu este obiectiv posibilă redresarea unui debitor insolvent, acesta va trebui supus falimentului².

Procedura reorganizării prezintă numeroase **avantaje**, atât pentru debitor, cât și pentru creditor. Pentru debitor avantajele sunt evidente și țin de posibilitatea de a-și continua activitatea, prin temporizarea achitării creanțelor scadente la momentul deschiderii procedurii insolvenței [ca efect al aplicării prevederilor art. 75 alin. (1) Codul insolvenței] pe parcursul perioadei de observație și de a încerca să-și redreseze și reorganizeze activitatea, inclusiv prin operațiuni de diminuare a creanțelor, modificări ale garanțiilor, dar și prin modalități de reorganizare specifice Legii nr. 31/1990, cum ar fi fuziune sau divizare.

Pentru creditor, procedura reorganizării poate fi benefică atunci când tinde la recuperarea creanțelor, chiar dacă nu în totalitate, însă sumele astfel încasate vor fi mai mari decât cele ce ar fi putut fi recuperate în cadrul falimentului, astfel cum o impun prevederile art. 139 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței. În plus, creditorii uzuali ai debitoarei aflate în reorganizare vor avea posibilitatea să continue relațiile comerciale cu acesta, în mod normal, creanțele născute ulterior deschiderii procedurii insolvenței având un tratament normal, urmând a fi achitate, conform art. 5 pct. 21,

¹ Procedura de reorganizare judiciară este sprijinită de textele legale în măsura în care obiect al reorganizării este un debitor onest și viabil. În acest sens, a se vedea R. Bușan (coord.), *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București 2014, p. 600; M.C. Paul, *Aspecte generale privind elementele de noutate aduse legislației insolvenței, în lucrarea Uniformizarea dreptului*. Iași, 2014, p. 206.

² St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, *Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței*, op. cit., p. 333.

respectiv art. 102 alin. (6) din Codul insolvenței. De asemenea un avantaj serios de care pot beneficia creditorii este dat de posibilitatea propunerii unui plan prin care debitoarea să fie preluată de creditori, fie prin transformarea creanțelor în acțiuni/părți sociale ale debitoarei, fie prin intermediul unei fuziuni sau a unor divizări. În doctrină¹, o astfel de modalitate de reorganizare a fost denumită drept preluare ostilă, aceasta deoarece prevederile art. 133 alin. (6) Codul insolvenței permit modificarea actelor statutare chiar în lipsa acordului organelor statutare (nu este necesară aprobarea în AGA a acestor măsuri).

Un alt avantaj pe care reorganizarea judiciară îl prezintă față de procedura falimentului, nou introdus în Codul insolvenței, este legat de modificarea efectelor hotărârii judecătorești, de confirmare a planului de reorganizare. Astfel, spre deosebire de *vechea reglementare* [art. 102 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 85/2006] care statua că în cazul intrării în faliment ca urmare a eșuării planului, planul confirmat va fi socotit ca o hotărâre definitivă și irevocabilă împotriva debitorului, aspect ce făcea ca modificarea creanțelor prin planul de reorganizare să-și mențină efectele și în faliment (creanțele rămânând diminuate conform planului de reorganizare), noua reglementare [art. 140 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței] a preferat ipoteza opusă, stabilind că în cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv, fiind scăzute doar sumele achitate prin plan. În aceste condiții creditorii ar trebui să fie tentați să voteze planul de reorganizare prin care vor primi mai mult decât în faliment, având drept „plasă de siguranță” prevederile art. 140 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței, în ipoteza în care planul eșuează, în patrimoniul lor urmând a fi reanimate creanțele înscrise în tabelul definitiv.

Aceasta este și rațiunea pentru care un creditor care votează în sens negativ planul de reorganizare (urmărind falimentul debitoarei), va putea fi ținut responsabil pentru pagubele astfel produse, în ipoteza în care exprimarea votului se dovedește a fi un abuz de drept, în sensul art. 14 C.civ., respectiv art. 12 C.proc.civ. Această posibilitate, de a sancționa modalitatea de vot a creditorilor asupra

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 702.

planului de reorganizare, rezultă și din interpretarea principiilor reglementate la art. 4 din Codul insolvenței. La pct. 2 art. 4 din Codul insolvenței este reglementat principiul potrivit căruia trebuie acordată o șansă debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii prin intermediul procedurilor de reorganizare judiciară, iar la pct. 1 al aceluiași articol este prevăzut principiul maximizării gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor. În mod cert valorificarea activelor societății debitoare este mai rentabilă în cadrul reorganizării judiciare, valoarea de lichidare (în baza căreia sunt vândute activele în procedura de faliment) este mai mică decât cea din timpul reorganizării.

În vederea constatării abuzului de drept va fi necesară răsturnarea prezumției relative a bunei-credințe [art. 14 alin. (2) C.civ.]. Partea interesată, anume un creditor care dorește reorganizarea, administratorul judiciar sau debitorul va putea solicita judecătorului-sindic, să constate că votul unui sau unora dintre creditorii care au respins planul a reprezentat un abuz de drept, sprijinindu-se pe cele două principii ale procedurii insolvenței mai sus indicate. În vederea obținerii unei asemenea hotărâri vor trebui demonstrate toate condițiile răspunderii civile delictuale.

Care ar putea fi însă scopul unui asemenea demers judiciar? Conform textului art. 12 C.proc.civ., în principal este permisă acordarea unor despăgubiri pentru prejudiciile materiale și morale suferite de părți din cauza săvârșirii abuzului de drept. Cu toate acestea, întrucât regula este că despăgubirea, pe cât posibil, trebuie să se realizeze în natură, instanța de judecată, în ipoteza în care este investită cu o cerere de constatare a abuzului de drept în ceea ce privește modalitatea de exprimare a votului asupra planului, trebuie să dea prioritate acestei modalități de acoperire a prejudiciului. În cazul de față, judecătorul va putea dispune repararea în natură a prejudiciului prin pronunțarea unei hotărâri care anihileze votul (să îl considere ca fiind neexprimat, ipoteză lipsită de utilitate practică întrucât majoritățile cerute pentru votarea planului sunt absolute) sau să îl transforme din vot negativ, într-unul de aprobare a planului și, dacă această transformare ar avea drept rezultat adoptarea unei hotărâri a adunării creditorilor de aprobare a planului, să

fie urmată de pronunțarea de către judecătorul-sindic a unei hotărâri judecătorești de confirmare.

Pot fi oferite și contraargumente în ceea ce privește posibilitatea judecătorului-sindic de a se pronunța în sensul indicat mai sus, ce țin de efectele pe care le generează actele unilaterale (art. 1324 și urm. C.civ.). Exprimarea votului cu privire la planul de reorganizare reprezintă un astfel de act unilateral căruia, în acord cu prevederile art. 1325 C.civ., îi vor fi aplicabile dispozițiile legale privitoare la contracte, inclusiv forța sa obligatorie (art. 1270 C.civ.). Cu toate acestea, întrucât contractul și implicit actul unilateral, pentru a dobândi putere de lege și implicit forță obligatorie, trebuie să fie legal încheiat – printre condițiile de legalitate numărându-se inclusiv exercitarea cu bună-credință a drepturilor subiective și a celor procesuale – considerăm că în acele situații în care va putea fi demonstrată existența abuzului de drept în ceea ce privește modalitatea de exprimare a votului asupra planului de către creditorii, judecătorului-sindic îi va fi permisă pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care să transforme votul dintr-unul negativ într-unul de aprobare a planului.

În subsidiarul unei astfel de cereri, persoana care se consideră vătămată de modalitatea abuzivă în care creditorul/creditorii și-au exprimat dreptul de vot asupra planului de reorganizare, va putea solicita acoperirea pagubelor generate prin această faptă ilicită.

§2. Natura juridică a planului de reorganizare

În vederea determinării naturii juridice a planului de reorganizare, este necesară determinarea cu prioritate a rolului său în cadrul procedurii insolvenței.

Planul de reorganizare este un act juridic cu o structură complexă, ce îmbină atât elemente contractuale, cât și jurisdicționale¹. În prima categorie intră obligațiile de plată asumate de debitor, iar în cea de a doua vorbim despre hotărârea judecătorului-sindic de

¹ C. Souweine, *Droit des entreprises en difficulté*, PUG, Grenoble, 2004, p. 208.

confirmare a planului de reorganizare ce modifică structura masei credale, chiar peste voința creditorilor, dacă sunt întrunite cerințele legale în vederea adoptării hotărârii Adunării Creditorilor de votare a planului. În egală măsură ca urmare a pronunțării hotărârii de confirmare a planului pot opera modificări statuare ale debitorului, cooptarea de noi acționari/asociați, modificarea regimului juridic al societății (din societate cu răspundere limitată în societate pe acțiuni sau invers), respectiv transformarea debitoarei (operațiuni de fuziune sau de divizare). Toate aceste din urmă efecte au un puternic caracter jurisdicțional, fiind adoptate în anumite ipoteze fără acordul acționarilor/asociaților debitoarei (atunci când planul este propus de creditorii sau de către administratorul judiciar).

În doctrina¹ anterioară Codului insolvenței s-a reținut că planul de reorganizare reprezintă un act juridic multilateral complex, având natură convențională jurisdicțională și legală, care se încheie prin manifestarea de voință a creditorilor, efectele acestuia producându-se în temeiul hotărârii de confirmare a planului.

Planul de reorganizare reprezintă în fapt o materializare a voinței creditorilor, similară cu cea exprimată de acționari/asociați în cadrul Adunării acționarilor/asociaților. Inclusiv modalitățile de constatare/declaraire a nulității sunt similare.

Secțiunea a 2-a. Persoanele îndreptățite să propună planul de reorganizare

Art. 132 din Codul insolvenței indică 3 categorii de participanți la procedura insolvenței ce pot propune un plan de reorganizare: a) debitorul; b) administratorul judiciar; c) unul sau mai mulți creditori, deținând împreună cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe. În doctrină s-a arătat pe bună dreptate că un plan poate fi propus și de două dintre categoriile de persoane îndreptuite, în colaborare². În practică

¹ E. Tănăsică, op. cit., p. 319.

² Gh. Pîperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 636.

această posibilitate se traduce, de cele mai multe ori prin propunerea unui plan de către debitor ce este susținut și de către administratorul judiciar.

Prevederile legale nu împiedică propunerea de către fiecare categorie de participanți la procedură de a propune plan de reorganizare motiv pentru care, cel puțin teoretic, se poate ajunge în situația în care să se propună 7 planuri de reorganizare (5 de către creditori, unul de debitoare și altul de către administratorul judiciar). Situațiile în practică în care să fie propus mai mult de un plan sunt rare, aspectele legate de procedura de alegere a unuia dintre planurile propuse urmând a fi dezbătută în cadrul Capitolului IV destinat votului asupra planului de reorganizare.

Respectarea condițiilor legale pe care trebuie să le respecte debitoarea în vederea propunerii unui plan de reorganizare este extrem de importantă. La momentul judecării confirmării planului de reorganizare, judecătorul-sindic este dator să verifice respectarea condițiilor de legalitate ale planului, printre care se numără inclusiv respectarea prevederilor art. 132 din Codul insolvenței.

§1. Propunerea planului de către debitoare

Debitorul este primul subiect de drept ce figurează printre persoanele care pot propune plan de reorganizare, prezumându-se că acesta este cel care cunoaște cel mai bine starea economico-financiară și, în egală măsură, instrumentele și mecanismele prin care activitatea sa poate fi redresată¹, fiind și cel mai interesat să-și salveze afacerea².

Conform prevederilor art. 132 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței debitoarea va putea propune un plan de reorganizare, cu aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe. Textul de lege mai sus citat indică și o a doua condiție, și anume cea legată

¹ St.D. Cărpenu, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 374-375.

² E. Tănăsică, op. cit., p. 275.

de necesitatea exprimării intenției de reorganizare potrivit art. 67 alin. (1) lit. g) din Codul insolvenței, dacă procedura a fost declanșată de acesta, și în termenul prevăzut de art. 74 din Codul insolvenței, în cazul în care procedura a fost deschisă ca urmare a cererii unuia sau mai multor creditori.

Din punct de vedere cronologic, *prima condiție* pe care trebuie să o respecte debitoarea pentru a fi în măsură să propună un plan de reorganizare este cea legată de necesitatea exprimării intenției de reorganizare. Dacă **procedura a fost deschisă în mod voluntar**, la cererea debitoarei, intenția de reorganizare trebuie să fie depusă odată cu cererea de deschidere a procedurii insolvenței. Suplimentar acestei condiții, pentru a fi în măsură să propună un plan de reorganizare, debitorul titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței, sub sancțiunea decăderii, va fi dator să depună odată cu cererea de deschidere a procedurii insolvenței actele indicate de art. 67 alin. (1) lit. h), i) și j) din Codul insolvenței. În caz contrar, conform art. 67 alin. (2) teza finală din Codul insolvenței, debitorul decade din dreptul de a mai propune plan de reorganizare. În doctrină¹, această condiționare a exprimării intenției de reorganizare încă de la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței a fost criticată sub cuvânt că reprezintă o condiție excesivă și restricționează nejustificat șansa unei restructurări. Din punctul nostru de vedere, justetea acestei condiționări este evidentă, întrucât deschiderea procedurii insolvenței, în mod voluntar, reprezintă o situație de excepție ce nu poate fi tratată superficial de organele de conducere care, în mod evident vor trebui să trateze cu toată responsabilitatea acestui moment, prin exprimarea, atunci când este cazul, a intenției de reorganizare. Omisiunea manifestării acestei intenții îi va putea îndreptăți pe acționari/asociați să demareze acțiunea în atragerea răspunderii organelor de conducere, pe tărâmul Legii nr. 31/1990, în speță art. 72 și art. 73.

În ipoteza în care **procedura insolvenței a fost deschisă la cererea creditorilor**, actele indicate de art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței vor trebui depuse în termen de 10 zile de la deschiderea

¹ R. Bufan (coord.), op. cit., p. 602.

procedurii insolvenței, sub aceeași sancțiune a decăderii din dreptul de a mai propune plan de reorganizare. Termenul de 10 zile reglementat de art. 74 din Codul insolvenței este un termen obiectiv, motiv pentru care indiferent dacă debitoarea a fost reprezentată în instanță la momentul judecării cererii deschiderii procedurii insolvenței formulate de creditorii, depunerea documentelor indicate de art. 74 va trebui să se facă în termen de 10 zile. Prin urmare, la calcularea termenului de 10 zile nu va conta momentul comunicării sentinței de deschidere a procedurii insolvenței, ci exclusiv data pronunțării. Bineînțeles că debitorul va putea solicita repunerea în termenul de 10 zile, cu respectarea însă a condițiilor impuse de art. 186 C.proc.civ.

S-a exprimat ideea potrivit căreia administratorul special este cel care ar trebui să formuleze intenția de reorganizare, susținându-se că de la deschiderea procedurii administratorilor statutare încetează mandatul¹. Textul art. 54 din Codul insolvenței stabilește însă că mandatul administratorilor statutare încetează de la data ridicării dreptului de administrare sau de la data desemnării administratorului special. În aceste condiții, întrucât în cele 10 zile de la momentul deschiderii procedurii insolvenței nu se poate pune încă problema numirii unui administrator special, organele statutare vor fi în drept să-și exprime intenția de reorganizare.

O situație atipică în ceea ce privește verificarea respectării acestei prime condiții va putea surveni în acele ipoteze în care sunt formulate cereri de deschidere a procedurii insolvenței, atât de către debitoare, cât și de către creditorii. Întrucât, conform prevederilor art. 66 alin. (6)-(7) din Codul insolvenței, în astfel de cazuri va avea prioritate soluționarea cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, debitorul va fi nevoit să respecte condițiile impuse de art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței. Numai în ipoteza în care cererea voluntară este respinsă, iar judecarea cererilor creditorilor are drept rezultat deschiderea procedurii, debitorul va avea posibilitatea să depună acele acte în termenul de 10 zile indicat de art. 74 din Codul insolvenței. Nerespectarea acestei prime condiții – manifestarea intenției de reorganizare și depunerea

¹ Idem, p. 603.

documentelor – are ca efect respingerea propunerii planului venite din partea debitorului ca inadmisibilă¹.

A doua condiție vizează existența unei hotărâri AGA de aprobare a propunerii unui plan de reorganizare. Textul art. 132 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței nu oferă detalii suplimentare în ceea ce privește felul adunării generale ce ar urma să aprobe propunerea planului (ordinară/extraordinară), cum nu indică în concret nici ceea ce ar trebui să fie supus aprobării AGA – aprobarea în principiu a propunerii unui plan de reorganizare (fără a se indica modalitățile de reorganizare avute în vedere) sau supunerea spre aprobare a planului în sine (în integralitatea sa, în varianta ce ar urma să fie depusă la dosarul de insolvență).

Textul art. 132 din Codul insolvenței stabilește că „vor putea propune un plan de reorganizare [...] debitorul, cu aprobarea adunării generale a acționarilor/asociaților [...]”. Prin urmare textul de lege supus discuției nu face vorbire despre votarea ideii, a posibilității de a propune plan de reorganizare, ci stabilește în mod concret că propunerea unui plan va trebui aprobată de adunarea acționarilor/asociaților, motiv pentru care, în vederea respectării acestei a doua condiții, opinăm în sensul că votul din Adunarea Generală va trebui dat asupra proiectului de plan de reorganizare, în forma sa finală, ce ar urma să fie depus la dosarul de insolvență, iar nu asupra unei posibilități de a propune plan de reorganizare.

În ceea ce privește convocarea adunării generale a acționarilor/asociaților, aceasta se va realiza de către administratorul special (administratorul judiciar fiind competent să convoace exclusiv prima adunare generală, de numire a administratorului special – art. 55 din Codul insolvenței). Nu poate fi imaginată ipoteza în care dreptul de administrare al debitoarei să fie ridicat și, în același timp debitoarea să propună un plan de reorganizare. Cele două ipoteze se exclud întrucât unul dintre motivele de ridicare a dreptului de administrare este legat de nemanifestarea intenției de reorganizare, aspect ce denotă intenția legiuiitorului de a permite propunerea unui plan de către debitor doar în situația în care nu are

¹ Trib. Suceava, Secția comercială, sentința nr. 118/13.03.2007, în Insolvența 2.

ridicat dreptul de administrare [art. 85 alin. (1) din Codul insolvenței]. Această concluzie se sprijină și pe argumente ce țin de derularea efectivă și eficientă a procedurii de reorganizare care, în mod firesc nu poate avea efectele scontate în ipoteza în care planul propus de către administratorul judiciar, respectiv de către creditorii ar urma să fie pus în practică de administratorul special.

În ceea ce privește **felul adunării generale** (ordinară/extraordinară), urmează a se stabili acest aspect în funcție de măsurile propuse prin planul de reorganizare. Astfel, cu titlu de exemplu, va fi necesară adoptarea unei hotărâri AGA ordinare în ipoteza în care prin plan se propune doar diminuarea creanțelor, respectiv va fi nevoie de adoptarea unei hotărâri AGA extraordinare în ipoteza în care planul de reorganizare implică modificarea actului constitutiv.

Cea de-a treia condiție vizează respectarea termenului de 30 de zile de la momentul publicării tabelului definitiv de creanțe. Nerespectarea acestei condiții va atrage, în mod automat, sancțiunea decăderii [art. 185 alin. (1) C.proc.civ.], planul de reorganizare depus peste termen, ca act de procedură, fiind lovit de nulitatea absolută [art. 185 alin. (2) C.proc.civ.]. Sancțiunea decăderii mai este reglementată și la alin. (5) al art. 132 din Codul insolvenței, acest text indicând faptul că decăderea părților din dreptul de a mai propune plan are ca efect trecerea, prin dispoziția judecătorului-sindic, la faliment.

Textul alin. (2) al art. 132 din Codul insolvenței reglementează o instituție atipică în plan procesual civil, ce nu poate fi încadrată nici în categoria repunerii în termen reglementate de art. 186 C.proc.civ. și nici în categoria termenelor judecătorești. Astfel, textul în cauză acordă posibilitatea părților interesate, respectiv administratorului judiciar, de a solicita judecătorului-sindic **prelungirea termenului de depunere a planului de reorganizare** cu 30 de zile. Întrucât textul în discuție folosește expresia „poate prelungi”, considerăm că o astfel de solicitare poate fi formulată și, implicit, dispusă de judecătorul-sindic fie anterior momentului publicării tabelului definitiv, fie în timpul curgerii celor 30 de zile în care planul de reorganizare trebuie depus. Formularea unei cereri de prelungire a termenului nu mai este posibilă ulterior momentului expirării acestui termen.

Suplimentar acestei proceduri de prelungire a termenului în care trebuie depus planul de reorganizare, persoana interesată va putea solicita repunerea în termenul de depunere a planului, în condițiile art. 186 C.proc.civ. În primul rând va fi necesară dovedirea faptului că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate¹. În al doilea rând titularul dreptului de a propune planul va depune planul reorganizare la grefa instanței în cel mult 15 zile de la încetarea împiedicării, cerând totodată repunerea sa în termen.

O a patra condiție este impusă de prevederile alin. (4) al art. 132 din Codul insolvenței care interzice debitorului propunerea unui plan de reorganizare dacă într-un interval de 5 ani anterior formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza acestui act normativ. Datorită caracterului general al reglementării, interdicția de a propune plan de către debitoare operează indiferent de modalitatea prin care s-a dispus închiderea procedurii², respectiv indiferent de persoana care a propus planul de reorganizare în procedura anterioară.

O altă interdicție, reglementată de același art. 132 alin. (4) din Codul insolvenței, vizează ipoteza în care debitorul, el însuși, administratorii, directorii și/sau acționarii/asociații ai acestuia care dețin controlul asupra sa, au fost condamnați definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969, Legea nr. 31/1990, Legea contabilității nr. 82/1991, Legea concurenței nr. 21/1996, Legea nr. 78/2000, Legea nr. 656/2002, Legea nr. 571/2003, Legea nr. 241/2005

¹ Tergiversarea prin negocierea îndelungată a onorariului de către administratorul judiciar nu se poate înscrie printre motivele temeinice de împiedicare a depunerii planului câtă vreme administratorul judiciar și-a exprimat doar intenția de a colabora cu debitorul la întocmirea unui plan de reorganizare, fără să depună el însuși un asemenea plan C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 97/12.01.2009, în Insolvența 2.

² Fie că este vorba despre închiderea procedurii ca urmare a succesului planului de reorganizare [art. 175 alin. (1) teza I din Codul insolvenței], fie ca urmare a închiderii procedurii ca urmare a achitării tuturor creanțelor, respectiv ca urmare a renunțării tuturor creditorilor la judecată în perioada de observație (art. 178 din Codul insolvenței).

pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale și infracțiunile prevăzute de Codul insolvenței în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii.

Această condiție, referitoare la existența unei perioade de cel puțin 5 ani, anterioară deschiderii procedurii insolvenței, în care debitorul să nu fi fost supus unei alte proceduri în baza „prezentei legi”, nu trebuie să fie interpretată în mod rigid, în sensul că interdicția operează doar dacă debitorul a fost supus procedurii insolvenței reglementate de Legea nr. 85/2014. Indiferent de actul normativ în baza căruia debitorul a fost supus procedurii insolvenței (Legea nr. 64/1995, Legea nr. 85/2006, respectiv Legea nr. 85/2014), prima procedură trebuie să se fi închis cu cel puțin 5 ani anterior deschiderii noii proceduri de insolvență.

§2. Propunerea planului de către creditorii

În primul rând este necesar să subliniem faptul că noua reglementare a eliminat inconvenientele din vechea Lege nr. 85/2006 cu privire la procedura propunerii planului de reorganizare de către creditorii. În noua structură, propunerea unui plan de reorganizare de către creditorii este mult mai fezabilă. Două sunt diferențele fundamentale între cele două reglementări. În primul rând, nu mai este necesară exprimarea intenției de reorganizare de către creditorii până la momentul întocmirii raportului de 40 de zile. Dreptul creditorilor de a propune plan era unul inefficient atâta timp cât ne aflam la momentul deschiderii procedurii, când nu se poate cunoaște cu exactitate totalul masei credale, nefiind timp suficient pentru soluționarea contestațiilor la tabel¹. În al doilea rând, Codul insolvenței conține o serie de reglementări menite a furniza creditorilor interesați în a propune un plan de reorganizare, documentele necesare. Astfel, potrivit prevederilor art. 132 alin. (1) lit. c) teza a II-a din Codul insolvenței, administratorul judiciar este obligat să pună la dispoziția acestora informațiile existente și necesare pentru redactarea planului. În acest sens, debitorul, prin administrator

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 640.

special, sau administratorul judiciar are obligația ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea unei solicitări din partea creditorilor, să pună la dispoziția creditorului actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a), b) și c) din Codul insolvenței, actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanțe. Se va pune la dispoziția creditorului și lista tuturor creanțelor născute în timpul procedurii, precum și orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare. Aceste două diferențe majore între reglementarea anterioară și Codul insolvenței sunt apte a stârni apetitul creditorilor în privința propunerii și întocmirii unor planuri de reorganizare viabile care pot avea, implicit, drept finalitate chiar preluarea controlului societății debitoare prin convertirea creanțelor creditorilor în acțiuni sau părți sociale.

Cele două condiții pe care trebuie să le îndeplinească creditorii pentru a fi în măsură să propună plan de reorganizare sunt reglementate de art. 132 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței: (i) să dețină împreună sau separat cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor; (ii) să respecte termenul de 30 de zile de la momentul publicării tabelului definitiv de creanțe.

Pentru respectarea *primei condiții* va fi necesar ca unul sau mai mulți creditori să dețină împreună cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe. După cum rezultă din textul de lege, în vederea verificării îndeplinirii acestei condiții, părțile vor trebui să se raporteze la tabelul definitiv, iar nu la cel preliminar.

Textul de lege nu distinge dacă creditorii care pot propune plan trebuie să fie înscrși în mod necondiționat în tabelul definitiv sau dacă au această posibilitate și cei înscrși provizoriu, sub condiție sau afectați de un termen. Dacă este vorba despre creditori ce dețin creanțe afectate de termen, respectiv afectate de condiții rezolutorii, aceștia vor putea propune plan de reorganizare. Dacă însă este vorba despre un creditor ce deține o creanță afectată de o condiție suspensivă, el nu va putea figura printre titularii planului de reorganizare [art. 102 alin. (4)-(5) din Codul insolvenței]. De asemenea nu este reglementată nici ipoteza în care după propunerea planului de către un creditor sau mai mulți creditori, ca urmare a admiterii unei contestații pentru eroare esențială, acest/acești

creditori nu mai îndeplinesc cerința de a deține 20% din plan. Considerăm că în această situație vor fi aplicabile, prin analogie, prevederile art. 49 alin. (3) din Codul insolvenței – în temeiul art. 5 alin. (3) C.proc.civ. în lipsă de reglementare se vor aplica prevederile legale incidente în cazuri similare. Astfel, în ipoteza în care admiterea contestației întemeiate pe prevederile art. 113 din Codul insolvenței determină diminuarea sub procentul de 20% a drepturilor de creanță deținute de creditorul/creditorii ce au propus planul, judecătorul-sindic poate decide revocarea hotărârii de confirmare a planului. Bineînțeles că într-o asemenea ipoteză, dacă au fost propuse mai multe planuri de reorganizare, persoanele interesate vor putea solicita reconvoacarea Adunării creditorilor în vederea revotării planurilor de reorganizare. Este posibil ca în fața acestei situații Adunarea creditorilor să voteze un alt plan decât cel propus de creditorul care s-a dovedit că nu deținea pragul de 20% (în urma admiterii contestației întemeiate pe art. 113 din Codul insolvenței).

Cea *de-a doua condiție*, a respectării termenului de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv, are același regim juridic ca cel expus în §1 al prezentului capitol.

În vederea acordării unei posibilități reale creditorilor de a propune un plan de reorganizare, prevederile art. 132 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței îl obligă pe administratorul judiciar să pună la dispoziția acestora informațiile existente și necesare pentru redactarea planului. În acest sens, debitorul, prin administrator special, sau administratorul judiciar, în măsura în care acesta din urmă le deține are obligația ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea solicitării, să pună la dispoziția creditorului actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a), b) și e) din Codul insolvenței actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanțe. Totodată vor trebuie depuse la dispoziția creditorului și lista tuturor creanțelor născute în timpul procedurii, precum și orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare.

§3. Propunerea planului de către administratorul judiciar

Potrivit prevederilor art. 97 alin. (3) din Codul insolvenței, administratorul judiciar este dator ca în cazul în care, prin raportul său arată că activitatea debitorului poate fi redresată pe baza unui plan de reorganizare judiciară, să precizeze dacă recomandă ca planul de reorganizare să fie propus de debitor, dacă, la cererea debitorului, colaborează la întocmirea planului ori dacă intenționează să propună un alt plan singur sau împreună cu unul ori mai mulți creditori. Propunerea planului de reorganizare de către administratorul judiciar reprezintă o facultate a acestuia, iar nu o obligație, inclusiv în ipoteza în care prin raport se arată că activitatea debitorului poate fi redresată.

În doctrina anterioară Codului insolvenței s-a propus, în vederea cointerесării administratorului judiciar în a propune plan de reorganizare, reglementarea legală a posibilității acordării unui onorariu de succes administratorului judiciar pentru finalizarea cu succes a planului de reorganizare¹. Rezolvarea acestei probleme este mult mai simplă decât cea propusă, în sensul că la momentul confirmării administratorului judiciar și a onorariului acestuia, se va putea vota și această posibilitate, de a-i fi acordat un onorariu de succes pentru finalizarea reorganizării. O altă variantă ar fi aceea prin care în cuprinsul planului este prevăzută această modalitate de remunerare a administratorului judiciar pentru finalizarea cu succes a planului de reorganizare.

Textul art. 133 nu conține nicio condiție suplimentară pe care ar trebui să o îndeplinească administratorul judiciar în vederea propunerii unui plan de reorganizare alta decât cea de la alin. (1) lit. c), anume depunerea acestuia în termenul de 30 de zile de la momentul publicării tabelului definitiv². Prin urmare, indiferent dacă prin

¹ E. Tănăsică, op. cit., p. 277. Autoarea apreciază că este greu de presupus că administratorul judiciar nu va fi interesat mai mult de onorariul de succes (primit din lichidarea bunurilor) decât de reorganizarea debitorului, chiar dacă aceasta ar avea șanse reale de reușită.

² A se vedea *supra*, §1. Propunerea planului de către debitoare, p. 133.

raportul impus de art. 97 alin. (3) din Codul insolvenței administratorul judiciar își afirmă sau nu intenția de a propune plan, respectiv constată sau nu ca redresarea debitorului este sau nu posibilă, acesta își va conserva dreptul de a propune plan de reorganizare până la expirarea termenului de 30 de zile de la momentul publicării tabelului definitiv.

§4. Modificarea planului

Conținutul planului nu este intangibil. El poate fi modificat în vederea adaptării sale la realitățile și evoluțiile pieței și a mediului de afaceri¹.

În mod normal, calitate procesual activă în ceea ce privește propunerea de modificare a planului de reorganizare ar trebui să o aibă titularul planului votat de Adunarea Creditorilor și confirmat de către judecătorul-sindic. Cu toate acestea, legiuitorul a avut o viziune diferită în ceea ce privește calitatea procesual activă în cererea de modificare a planului de reorganizare. Astfel, potrivit prevederilor art. 139 alin. (5) din Codul insolvenței, modificarea poate fi propusă de către oricare dintre cei care au vocația de a propune un plan, indiferent dacă au propus sau nu planul.

Asistăm practic la o derogare parțială de la principiul simetriei formelor actelor juridice, reglementat cu titlu general de prevederile art. 1243 C.civ. Aceasta este însă singura derogare, deoarece, în rest, modificarea planului de reorganizare va fie supusă aceluiași reguli de procedură ca și planul, inclusiv formalitățile de publicitate, de admitere și de confirmare.

Modificarea planului poate viza, pe lângă prelungirea duratei, alte modalități de reorganizare decât cele deja cuprinse în plan. Astfel, cu titlu de exemplu indicăm faptul că cererea de vânzare a unui bun din averea debitorului, pentru suplimentarea surselor de finanțare, reprezintă o modificare a planului de reorganizare, fiind necesară parcurgerea acestei proceduri². Nu va putea fi considerată

¹ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 320.

² C.A. Ploiești, decizia nr. 925/17.07.2008, în *Insolvența 2*.

drept suficientă convocarea unei Adunări a Creditorilor, în care să se aprobe această vânzare, titularul planului fiind dator să inițieze procedurile de modificare a planului de reorganizare.

În ceea ce privește prelungirea duratei planului, ea se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare, fără a se putea depăși însă o durată totală maximă a derulării planului de 4 ani de la confirmarea inițială [art. 139 alin. (5) din Codul insolvenței].

Planul confirmat are putere de lege între părțile contractante, debitor și creditor, și are valoarea unei hotărâri judecătorești definitive împotriva debitorului. El nu poate fi modificat nici de participanții la procedura insolvenței, dar nici de judecătorul-sindic în urma unei modificări a dispozițiilor legale, în vigoare la data confirmării lui.

O astfel de modificare ar putea fi dispusă doar în măsura în care potrivit principiului de drept civil „*mutus consensus, mutus dissensus*”, prevăzut de art. 1270 alin. (2) C.civ., părțile de comun acord ar fi revocat vechea convenție (planul de reorganizare), care are putere de lege între părțile contractante.

Puterea de decizie în această problemă nu este a comitetului creditorilor, care are doar un rol consultativ și de asistență a atribuțiilor manageriale ale administratorului judiciar, ci a adunării creditorilor care trebuie să se desfășoare în condițiile de cvorum și vot prevăzute pentru votarea planului. Cât timp nu există un consens general de modificare a planului de reorganizare, programul de plăți cuprins în plan trebuie respectat întocmai¹.

Secțiunea a 3-a. Conținutul planului și modalitățile de reorganizare

Prevederile Codului insolvenței reglementează un set de elemente esențiale pe care trebuie să le conțină planul de reorganizare, lipsa acestor elemente conducând la respingerea solicitării

¹ Trib. Comercial Mureș, sentința nr. 281/21.03.2007.

de confirmare a planului de reorganizare și, implicit, la intrarea în faliment.

Cu titlu general, planul de reorganizare trebuie să conțină, în esență, informații relative la debitor, la managementul acestuia și la acționarii săi semnificativi, prezentarea activului, evaluarea patrimoniului, sursele de finanțare pe perioada reorganizării, previziunea situațiilor financiare și programul de plată a creanțelor în această perioadă și indicarea persoanelor care îl vor pune în executare¹. Nu poate fi admis planul care nu conține programul de plată a creanțelor, măsuri concrete pentru aplicarea sa, planul de afaceri care să prevadă sursele de finanțare ale reorganizării și fluxurile financiare².

Planul de reorganizare trebuie să aibă conținutul prevăzut de art. 133 din Codul insolvenței, în raport de datele speței, de specificul activității debitorului și de modalitatea de reorganizare aleasă. Alte cerințe dintre cele prevăzute în art. 133 din Codul insolvenței se pot regăsi expres în cuprinsul planului sau se pot deduce cu ușurință din cuprinsul planului, fără a se considera că planul nu cuprinde toate informațiile prevăzute de lege³.

În actuala reglementare, noțiunea de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, implementarea și respectarea unui plan de reorganizare care include mai multe variante: (i) restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului; (ii) restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social; (iii) restrângerea activității prin lichidarea unor bunuri din averea debitorului⁴.

Restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului vizează redimensionarea volumului de activitate, sporirea lichidităților prin atragerea de noi resurse financiare, schimbarea managementului, creșterea profitului, stabilirea de noi acorduri comerciale cu furnizorii și beneficiarii debitorului, reducerea cheltuielilor, a imobilizărilor, reorientarea spre alte piețe și operațiuni mai puțin costisitoare.

¹ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 312.

² Trib. Constanța, încheierea nr. 4937/17.12.2008, în *Insolvența 2*.

³ Trib. Comercial Cluj, încheierea nr. 232/25.01.2007, în *Insolvența 2*.

⁴ E. Tănăsică, op. cit., p. 273.

Restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social presupune majorarea capitalului social prin aportul în bani sau alte bunuri mobile sau imobile, emiterea de titluri de valoare sau acțiuni în condițiile legii, reconversia de datorii în acțiuni cu respectarea condițiilor impuse de lege, conversia creanțelor în titluri de valoare, cu excepția creanțelor bugetare.

Restrângerea activității prin lichidarea unor bunuri din averea debitorului presupune înstrăinarea activelor în vederea acoperirii creanțelor, respectiv distribuirea unor bunuri către creditori în contul datoriilor.

§1. Conținutul planului

1.1. Perspectivele de redresare

Acest prim element trebuie să expună de o manieră obiectivă perspectivele de redresare ale debitorului, prin raportare la posibilitățile reale și a specificului activității debitorului, în baza mijloacelor financiare disponibile.

Totodată este necesară prezentarea unei proiecții a evoluției debitorului în peisajul economic general, prin raportarea la criteriile enumerate în mod exemplificativ de textul legal: specificul obiectului de activitate, raportul dintre cerere și ofertă pentru a evidenția faptul că existența debitorului în circuitul economic este justificată prin prisma cererii pieței sau nișei de piață căreia debitorul i se adresează¹.

Această primă parte a planului de reorganizare trebuie să răspundă scopului procedurii insolvenței, enunțat de art. 2 din Codul insolvenței, în sensul că trebuie să se demonstreze că reorganizarea este posibilă prin prezentarea potențialului de viabilitate economică. Perspectivele de redresare trebuie să justifice și să motiveze creditorii să susțină planul de reorganizare în detrimentul variantei falimentului².

¹ R. Bușan (coord.), op. cit., p. 609.

² Ibidem.

O altă condiție impusă de textul legal vizează necesitatea ca măsurile propuse să fie în acord cu **ordinea publică**, și anume vor trebui să nu conțină activități ilicite sau imorale prin intermediul cărora se urmărește reorganizarea debitorului, inclusiv în ceea ce privește modalitatea de selecție, desemnare și înlocuire a administratorilor și a directorilor. Această condiție, a respectării ordinii publice, rezultă în mod direct și din prevederile art. 1169 C.civ. ce impune părților angrenate în încheierea unui contract să determine conținutul acestuia, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri.

1.2. Programul de plată a creanțelor

Programul de plată a creanțelor este graficul de achitare a creanțelor ce se propun a fi achitate prin planul de reorganizare. Acesta include cuantumul sumelor pe care debitorul se obligă să le plătească creditorilor, dar nu mai mult decât sumele datorate conform tabelului definitiv de creanțe.

Acest element al planului de reorganizare este esențial¹, neavând cum să lipsească² întrucât în funcție de acest act procedural pot fi verificate restul condițiilor de legalitate ce trebuie îndeplinite. Programul de plăți nu poate conține alte creanțe decât cele din tabelul definitiv, în cuantumul rezultat ca urmare a confirmării planului (creanțele pot fi diminuate).

Cu toate acestea textul art. 133 alin. (2) din Codul insolvenței instituie o excepție prin faptul că permite creanțelor înscrise ca beneficiare ale unei cauze de preferință în tabelul definitiv al

¹ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 316.

² C.A. Ploiești, Secția comercială, decizia nr. 873/03.06.2009, în B.C.A. nr. 3/2009, p. 36-37 – din analiza planului de reorganizare depus de debitoare nu rezultă că planul cuprinde cerințele obligatorii prevăzute de art. 95 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, privind procedura insolvenței, și anume nu cuprinde obligatoriu programul de plată al creanțelor, în cuprinsul planului nu este înscris niciun creditor și nicio creanță cu un program cert de plată al acesteia, ci arată doar cum înțelege să achite datoriile către furnizori, datorii către buget și alte plăți, menționate în mod generic și nu pe categorii de creditori și de creanțe.

creanțelor să fie purtătoare de dobânzi și alte accesorii. Nu este vorba despre o prevedere imperativă, în sensul că cel care propune planul nu este obligat să indice o astfel de măsură în programul de plăți, însă o va putea face în ipoteza în care o consideră oportună.

Aici trebuie amintită regula impusă de art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței, potrivit căreia sumele provenite din activitatea curentă a debitorului sau din valorificarea activelor negrevate de cauze de preferință vor fi prevăzute a se distribui *pro rata* pentru fiecare creanță prevăzută a se achita în timpul reorganizării, după deducerea sumelor prevăzute ca fiind necesare plății creanțelor curente exigibile și a celor necesare asigurării capitalului de lucru, dacă este cazul. Programul de plată a creanțelor va prevedea plata acestor sume în trimestrul consecutiv celui la care aceste sume devin disponibile. Prin planul de reorganizare este posibilă stabilirea unor destinații diferite în privința sumelor obținute atât din activitatea curentă, cât și din valorificarea bunurilor negrevate de pacte de preferință.

În ceea ce privește locul plății, în doctrina franceză¹ s-a stabilit că în lipsă de dispoziție contrară, plata este portabilă. Legea nr. 85/2014 nu conține prevederi cu privire la locul plății creanțelor cuprinse în planul de reorganizare, motiv pentru care vor fi incidente prevederile de drept comun, în speță art. 1494 C.civ. potrivit cărora obligațiile bănești trebuie executate la domiciliul sau, după caz, sediul creditorului de la data plății. Cu siguranță însă, prin plan se poate deroga de la norma generală, stabilindu-se de exemplu că plata este cherabilă – în acest caz plata urmând a se face la sediul debitorului.

1.2.1. Sumele obținute din vânzarea bunurilor ce conțin pacte de preferință

Aceste sume au un regim juridic diferit de cel al sumelor obținute în condițiile art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței. Astfel, textul art. 133 alin. (5) lit. F din Codul insolvenței stabilește că sumele de bani obținute după vânzarea unor bunuri asupra cărora poartă cauze

¹ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 317.

de preferință, potrivit prevederilor Codului civil, vor fi distribuite, obligatoriu, creditorilor titulari ai acelor cauze de preferință, cu respectarea dispozițiilor art. 159 alin. (1) și (2) din același Cod, anume prin deducerea cu prioritate a cheltuielilor de procedură.

1.2.2. Sumele obținute ca efect al admiterii acțiunii în anulare a actelor frauduloase – art. 117 din Codul insolvenței

Sumele obținute ca efect al admiterii acțiunii în anulare a actelor frauduloase, întrucât nu pot fi încadrate juridic în categoria sumelor provenite din activitate curentă, nu vor dobândi regimul juridic impus de art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței, aspect confirmat inclusiv de prevederile alin. (2) din același articol. Astfel, în ipoteza în care nu este menționată prin planul de reorganizare destinația acestor sume, ele vor fi la dispoziția administratorului judiciar, respectiv al administratorului special în vederea asigurării capitalului de lucru, derularea unor investiții, respectiv a respectării programului de plăți. Astfel, nu putem fi de acord cu opinia potrivit căreia sumele întoarse în patrimoniul debitoarei ca efect al admiterii acțiunii în anularea actelor frauduloase trebuie distribuite în mod obligatoriu creditorilor¹. Textul art. 140 alin. (2) din Codul insolvenței indică doar modalitatea în care, dacă se hotărăște distribuirea lor, sumele în cauză vor fi alocate creditorilor.

În ipoteza în care ca efect al admiterii acțiunii în anularea actelor frauduloase sunt readuse în patrimoniul debitoarei anumite bunuri, libere de orice sarcini, sumele provenite din vânzarea acestor active vor urma regimul juridic impus de art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței, sub condiția ca prin plan să nu se fi prevăzut o altă destinație a acestor sume.

1.2.3. Sumele provenite ca urmare a admiterii acțiunii în atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență

Sumele astfel provenite au drept destinație, în caz de reorganizare, plata creanțelor potrivit planului de reorganizare ori, după

¹ R. Bufan (coord.), op. cit., p. 614.

caz, completarea fondurilor necesare continuării activității. În acest sens sunt prevederile art. 171 din Codul insolvenței.

1.2.4. Sumele provenite din atragerea răspunderii administratorului special

Aceste sume nu au un regim juridic derogator de la dreptul comun, prevederile art. 84 din Codul insolvenței neconținând nicio dispoziție privitoare la modalitatea de folosire a sumelor astfel dobândite în perioada de reorganizare. În egală măsură trebuie subliniat faptul că aceste sume nu pot fi categorisite drept dobândite în cursul activității curente, motiv pentru care regimul juridic al art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței nu le este aplicabil. Aceste sume vor fi folosite fie pentru a asigura *cash-flow*-ul debitoarei, fie pentru plata sumelor cuprinse în planul de plăți.

1.3. Regimul juridic al creanțelor defavorizate

Această categorie a creanțelor defavorizate este relevantă exclusiv în cadrul procedurii de propunere, votare și confirmare a planului de reorganizare, neavând nicio altă relevanță juridică în cadrul procedurii insolvenței. Astfel, potrivit prevederilor art. 5 pct. 16 din Codul insolvenței intră în categoria creanțelor defavorizate cele pentru care planul de reorganizare prevede cel puțin una dintre modificările următoare pentru creanțele categoriei respective: (i) o reducere a cuantumului creanței și/sau a accesoriilor acesteia la care creditorul este îndreptățit potrivit prezentei legi; (ii) o reducere a garanțiilor ori reeșalonarea plăților în defavoarea creditorului, fără acordul expres al acestuia.

Planul va trebui să indice categoriile de creanțe care sunt, respectiv nu sunt defavorizate tocmai în vederea verificării cât mai facile a tratamentului propus categoriilor de creanțe prin plan. Această cerință cu privire la conținutul planului de reorganizare își găsește incidența doar dacă prin plan este propusă o astfel de categorie. Atâta timp cât planul de reorganizare cuprinde programul de plată a creanțelor astfel încât la sfârșitul perioadei toți creditorii înscrși în tabelul definitiv ar fi în situația de recuperare a creanțelor

în întregime, mențiunea referitoare la situația categoriilor de creanțe defavorizate este inutilă, neexistând o asemenea categorie¹.

1.4. Dacă și în ce măsură debitorul, membrii grupului de interes economic, asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită vor fi descărcați de răspundere

Descărcarea de răspundere a debitorului nu este dezvoltată în textul de lege, nefiind oferite indicii cu privire la efectele pe care acest element al planului le poate produce. În doctrină s-a apreciat că mențiunea din plan referitoare la descărcare de răspundere are relevanță doar în situația în care planul nu reușește și se trece la faliment, considerându-se că în această ipoteză creanțele descărcate prin plan sunt reversate, în cadrul tabelului definitiv consolidat². Ne exprimăm serioase rezerve cu privire la această opinie întrucât este lipsit de sens juridic ca o mențiune din cuprinsul planului de reorganizare să producă efecte juridice doar în ipoteza în care debitorul trece la faliment.

Din contră, considerăm că descărcarea de răspundere vizează eventualele fapte comise de persoanele indicate de art. 133 alin (4) lit. c) din Codul insolvenței anterior momentului intrării în insolvență.

1.5. Indicarea despăgubirilor ce urmează a fi oferite titularilor tuturor categoriilor de creanțe, în comparație cu valoarea estimativă ce ar putea fi primită prin distribuire în caz de faliment

Acest element al planului de reorganizare țintește spre demonstrarea condiției tratamentului echitabil [art. 139 alin. (2) din Codul insolvenței] pe care trebuie să-l acorde planul de reorganizare tuturor creditorilor. Astfel, este necesară menționare, în concret, a diferenței dintre valoarea de lichidare a bunurilor, anume distribuiri ce s-ar

¹ Trib. Comercial Cluj, încheierea nr. 232/25.01.2007, în Insolvența 2.

² R. Bușan (coord.), op. cit., p. 619.

cuvini creditorilor în caz de faliment și sumele propuse a fi distribuite prin planul de reorganizare. Valoarea de lichidare se va determina în baza unui raport de evaluare, întocmit de un evaluator desemnat potrivit prevederilor art. 61 din Codul insolvenței.

Cu privire la această din urmă cerință, a existenței unui raport de evaluare, întocmit în condițiile art. 61 din Codul insolvenței, sunt necesare o serie de precizări. Față de prevederea imperativă conținută de art. 133 alin. (4) lit. d) – „planul va menționa” – este cert că în lipsa unui raport de evaluare nu poate fi întocmit planul de reorganizare întrucât unul dintre elementele obligatorii pe care trebuie să îl conțină nu poate fi determinat (valoarea de lichidare). În aplicarea vechii Legi nr. 85/2006 erau întâlnite în practică aceste situații în care administratorul judiciar publica tabelul definitiv în lipsa raportului de evaluare a garanțiilor debitorului. Codul insolvenței nu mai permite însă afișarea/publicarea tabelului definitiv în lipsa raportului de evaluare, textul art. 112 din Codul insolvenței condiționând definitivarea tabelului de finalizarea raportului de evaluare.

Sunt situații în care nu este necesar ca planul să conțină acest element (despăgubirile acordate creanțelor defavorizate). Este vorba despre situațiile în care planul de reorganizare propune satisfacerea integrală a tuturor creanțelor. În această ipoteză cerința ca planul să menționeze despăgubirile ce ar urma să fie oferite creditorilor în comparație cu valoarea estimativă ce ar putea fi primită prin distribuire în caz de faliment este inutilă¹.

1.6. Modul în care se propune achitare a creanțelor curente

În vederea respectării prevederilor art. 102 alin. (5) din Codul insolvenței, creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare vor trebui plătite conform documentelor din care rezultă. O astfel de mențiune trebuie să fie suficientă pentru a respecta această condiție de conținut al planului de reorganizare.

¹ Trib. Comercial Cluj, încheierea nr. 232/25.01.2007, în Insolvența 2.

Sunt situații în care această simplă reproducere a textului art. 102 alin. (5) din Codul insolvenței nu este suficientă, anume atunci când creanțele curente fac obiectul unei dispute juridice, în sensul art. 75 alin. (3) din Codul insolvenței. În ipoteza în care existența sau nu a unor creanțe curente face obiectul unor acțiuni ce sunt pe rolul judecătorului-sindic, debitorul va fi dator să indice în plan modalitatea în care va achita aceste creanțe, în ipoteza în care se va constata existența lor. În orice caz, pentru a evita falimentul, aceste creanțe vor trebui achitate într-un termen maxim de 60 de zile de la data luării măsurii de către administratorul judiciar sau a hotărârii instanței de judecată.

§2. Modalitățile de reorganizare

Măsurile ce pot fi întreprinse în vederea reorganizării judiciare sunt cuprinse în textul art. 133 alin. (5) din Codul insolvenței. Planul propus va putea să prevadă una sau mai multe măsuri enumerate cu titlu exemplificativ¹ în textul legal indicat, concomitent cu adoptarea unor alte măsuri, menite a asigura viabilitatea și, în final, succesul reorganizării judiciare.

2.1. Păstrarea, în întregime sau în parte, de către debitor, a conducerii activității sale, inclusiv dreptul de dispoziție asupra bunurilor din averea sa, cu supravegherea activității sale de către administratorul judiciar desemnat în condițiile legii

Menționarea persoanei care va conduce activitatea pe parcursul reorganizării judiciare este extrem de importantă. Planul va putea să prevadă fie că administratorul special își va păstra în tot conducerea debitoarei, în parte sau că atributul conducerii debitoarei va fi transferat către administratorul judiciar.

¹ Textul alin. (5) al art. 133 din Codul insolvenței conține expresia „cum ar fi”, anterior enumerării modalităților de reorganizare descrise în textul de lege.

În această etapă a procedurii, în vederea păstrării sau nu a dreptului de administrare, nu are relevanță dacă administratorul special și-a îndeplinit corect obligațiile, cel care propune planul fiind în drept să indice persoana căreia îi încredințează administrarea debitorului (administratorul special sau administratorul judiciar). Sunt autori care confundă însă mecanismul ridicării dreptului de administrare cu modalitatea de reorganizare reglementată de art. 133 alin. (5) lit. a) din Codul insolvenței¹.

Transferul conducerii către administratorul judiciar este propusă, de regulă, în situațiile în care titularii planului de reorganizare sunt creditorii sau însuși administratorul judiciar. Odată ridicat dreptul de administrare, administratorul judiciar va putea numi persoane de specialitate care să se ocupe de managementul societății debitoare administratorul judiciar urmând a prelua conducerea societății, din punct de vedere statutar.

În egală măsură, prin plan poate fi reglementată modalitatea de exercitare a dreptului de dispoziție asupra bunurilor din averea debitoare care poate fi păstrat în tot sau în parte. Planul mai poate conține prevederi ce vizează fixarea unor limite valorice până la care debitorul poate dispune de bunurile sale, urmând ca pentru bunurile ce nu se încadrează în limitele fixate prin plan, să fie necesar acordul administratorului, respectiv al creditorilor².

¹ A.C. Târșia, op. cit., p. 350. Autoarea arată că păstrarea dreptului de administrare în perioada de reorganizare poate fi luată în situația în care debitorul s-a dovedit a fi de bună-credință, fie prin introducerea cererii de declanșare a procedurii, fie prin necontestarea stării sale de insolvență temporară. Mai mult, în măsura în care administratorilor societății nu li se poate impune niciunul dintre motivele care ar da loc revocării mandatului, dimpotrivă, luând toate măsurile necesare și posibile pentru prevenirea agravării stării de insolvență și redresarea cât mai rapidă a debitorului, ridicarea dreptului de administrare nu se justifică.

² R. Rufan (coord.), op. cit., p. 620.

2.2. Obținerea de resurse financiare pentru susținerea realizării planului

Această modalitate de reorganizare trebuie să conțină, pe lângă resursele financiare necesare pentru susținerea planului și sursele de proveniență a acestora. În vederea maximizării șanselor de finanțare a debitorului în perioada de reorganizare, noile prevederi din Codul insolvenței, din materia distribuirii sumelor în caz de faliment, au suferit modificări. Astfel, a fost creat un „*superprivilegiu*” în favoarea creditorilor finanțatori curenți¹. În caz de faliment aceștia sunt plasați pe treapta a II-a la distribuire, imediat după cheltuielile de procedură [art. 159 alin. (1) pct. 2 sau, după caz, art. 161 pct. 2 din Codul insolvenței].

Suplimentar, planul poate indica drept surse de finanțare creanțele pe care terții le datorează debitoarei care vor putea fi recuperate fie prin negociere/mediere, fie prin acțiuni în justiție.

Prin plan mai pot fi indicate drept surse de finanțare și exercitarea acțiunilor specifice procedurii insolvenței de reîntregire a patrimoniului, anume acțiunea în anularea actelor frauduloase, respectiv acțiunea în atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență.

Practica a demonstrat însă că, de regulă, resursele financiare necesare punerii în aplicare a planului de redresare se obțin din lichidarea parțială a averii debitorului², în cazul în care acesta dispune de unul sau mai multe bunuri care nu fac parte din *core business* și pot fi înstrăinate fără a afecta în mod direct activitatea de producție/antreprenorială a debitorului, astfel încât acesta să nu mai poată continua afacerea.

¹ Rațiunea acestei modificări legislative a reieșit din lipsa acută a ofertei de creditare pentru societățile aflate în reorganizare. Astfel s-a considerat că este necesară acordarea unei garanții suplimentare finanțatorilor curenți ai debitoarei, în vederea încurajării acestui tip de creditare și, implicit, a obținerii fondurilor necesare reorganizării judiciare.

² A.C. Târșia, op. cit., p. 350.

2.3. Transmiterea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului către una ori mai multe persoane fizice sau juridice, constituite anterior ori ulterior confirmării planului

În dreptul anglo-saxon activează un principiu al reorganizării judiciare pe care îl putem desprinde în mod indirect și din prevederile art. 133 alin. (5) lit. C din Codul insolvenței. El vizează preservarea întreprinderii, a *business*-ului, mai degrabă decât a societății intrate în insolvență. Acest principiu se sprijină pe faptul că în procedura insolvenței nu sunt relevante interesele acționarilor/asociaților¹. Relevante sunt interesele creditorilor care sunt strâns legate de profitabilitatea întreprinderii, iar nu a persoanei care o exploatează.

Este de preferat, pentru transparentizarea procesului de reorganizare ca, în vederea punerii în practică a acestei modalități de reorganizare să existe la momentul redactării planului una sau mai multe oferte clare, angajante, de cumpărare a unei părți, respectiv a întregii averi a debitorului. Identificarea bunurilor, respectiv a dobânditorilor nu reprezintă însă o condiție de validitate a planului de reorganizare.

Prețul de vânzare trebuie să fie unul consistent, menit a genera veniturile suficiente în vederea distribuirii sumelor necesare ducerii la îndeplinire a planului de reorganizare, preț care însă nu va putea fi mai mic decât valoarea de lichidare cuprinsă în raportul de evaluare dispus în condițiile art. 61-62 și art. 103 din Codul insolvenței. Pentru evitarea unor complicații cu privire la prețul de înstrăinare, considerăm că este oportună indicarea în planul de reorganizare a unui preț minim de vânzare a activelor, urmând ca în ipoteza în care valorificarea să nu fie posibilă din cauza prețului minim prea ridicat, administratorul special, respectiv administratorul judiciar să solicite creditorilor modificarea acestei valori minime [potrivit procedurii indicate de art. 139 alin. (5) din Codul insolvenței – modificarea planului] care, în continuare, nu va putea fi mai mică de valoarea de lichidare.

¹ R. Goode, op. cit., p. 397.

În vederea înstrăinării activelor debitorului prin modalitatea descrisă la art. 133 alin. (5) lit. C din Codul insolvenței nu va fi necesară parcurgerea procedurii de vânzare instituite prin art. 154-158 din Codul insolvenței. Ca urmare a confirmării planului există deja o modalitate agreată de înstrăinare. Această caracteristică reprezintă principala diferență dintre modalitatea de transmitere a bunurilor în temeiul lit. C față de modalitatea descrisă de lit. E și F, în sensul că în aceste două din urmă cazuri va fi necesară parcurgerea procedurii de vânzare descrise la art. 154-158 din Codul insolvenței¹.

O formă pe care o poate îmbrăca această modalitate de reorganizare este **cesiunea întreprinderii**².

În Franța această operațiune juridică este des întâlnită în cadrul procedurilor de insolvență. Cesiunea de întreprindere este permisă și în dreptul intern, fiind reglementată indirect de Legea nr. 67/2006 ce a transpus dispozițiile Directivei 2001/23/CE din 12 martie 2001, dar și Codul fiscal în art. 128 alin. (7), respectiv în Norma de punere în aplicare 6(7), fiind o tranzacție ce nu este calificată drept livrare de bunuri și, implicit, nepurtătoare de TVA. Cesiunea întreprinderii³ are drept scop declarat asigurarea menținerii acelor activități susceptibile de exploatare în mod autonom (din patrimoniul debitorului) și de a șterge pasivul pe care îl înregistrează⁴. Cesiunea de întreprindere poate fi una totală, și anume să poarte asupra tuturor întreprinderilor deținute de debitor sau poate viza doar una sau o parte a întreprinderilor debitorului.

Cu titlu de **definiție** se poate reține că cesiunea întreprinderii reprezintă un transfer al unei unități economice care își menține identitatea, înțeleasă ca ansamblu organizat de mijloace, care are

¹ R. Bufan (coord.), op. cit., p. 622.

² G. Ripert, R. Roblot, Ph. Delebecque, M. Germain, *Traite de Droit Commercial*, L.G.D.J., tome 2, 16^e ed., Paris, 2002, p. 1109; C. Saint-Alary Houin, *Code des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2007, p. 117.

³ A.-M. Vlăsceanu, *Regimul juridic al transferului de întreprindere în Marea Britanie*, în *Curierul judiciar* nr. 1/2013, p. 50.

⁴ A. Jaffret, *Droit commercial*, 22^{eme} ed., L.G.D.J., Paris, 1995, p. 716.

obiectivul de a desfășura o activitate economică, indiferent dacă acca activitate este centrală sau auxiliară¹.

Prevederile Legii nr. 67/2006 conțin o derogare de la regimul juridic al cesiunii de întreprindere, cu privire la obligațiile cesionarul de a menține contractele individuale de muncă și contractul colectiv de muncă existente la data transferului.

Astfel, în cazul în care cedentul face obiectul unei proceduri de insolvență, instituită în vederea lichidării bunurilor sale și operează un transfer de întreprindere, cesionarului nu îi incumbă obligația de a prelua contractele de muncă ale salariaților. Această derogare este aplicabilă indiferent dacă debitorul mai are sau nu dreptul de administrare a întreprinderii.

Folosirea procedurilor de reorganizare prin modalitatea cesiunii întreprinderii va trebui însă să nu se realizeze cu scopul fraudării drepturilor angajaților. Astfel prin art. 5 alin. (4) din Directiva 2001/23/CE statele membre sunt obligate să ia măsuri adecvate pentru a preveni folosirea abuzivă a procedurilor de insolvență care au drept scop privarea lucrătorilor de drepturile care rezultă din această directivă².

2.4. Fuziunea sau divizarea debitorului

Această modalitate de reorganizare se va realiza în condițiile legii, inclusiv cu respectarea obligațiilor de notificare a operațiunilor de concentrare, potrivit legislației în domeniul concurenței.

Descrierea acestei modalități de reorganizare, în amănunt, se va realiza în cuprinsul Capitolului V din prezentul Titlu.

2.5. Lichidarea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului

Această modalitate de reorganizare poate fi pusă în practică în acele ipoteze în care compania se află într-o situația financiară

¹ Art. 1 alin. (2) lit. b) din Directiva 2001/23/CE.

² A. Lienhard, *Transfert des contrats de travail en cas de cession globale d'unités de production*, în *Recueil Dalloz* nr. 20/7205, 2005, p. 1352.

precară. În scopul obținerii de lichidități planul poate propune ca o parte dintre activele debitorului să fie vândute. Firește, în vederea păstrării unei șanse efective de reorganizare, activele propuse spre lichidare nu trebuie să facă parte din *core business*, anume nu trebuie să reprezinte mijloacele principale de producție¹.

Sunt vizate atât bunurile neafectate de cauze de preferință (textul legal folosește în mod greșit expresia „libere de orice sarcini”), cât și pe cele ce sunt grevate de cauze de preferință.

Cele două categorii de bunuri vizate de această modalitate de reorganizare se diferențiază când vine vorba despre destinația veniturilor obținute. **Bunurile neafectate de cauze de preferință**, pot fi fie vândute în vederea obținerii fondurilor necesare continuării activității, respectiv respectării programului de plăți [art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței] sau pot fi *date în plată* unuia sau mai multor creditori, în contul creanțelor. Textul art. 133 alin. (5) lit. E din Codul insolvenței conține o condiție firească de valabilitate a operațiunii de dare în plată, și anume existența acordului scris al creditorului cu privire la această modalitate de stingere a creanței. Considerăm că lipsa acordului scris asupra dării în plată va putea fi suplinită în orice moment până la data confirmării planului de către judecătorul-sindic. Totodată considerăm că exprimarea votului pentru planul de reorganizare de către creditorul/creditorii cărora li se propune achitarea creanțelor prin operațiunea de dare în plată, va putea fi considerată drept acord scris al creditorilor pentru această modalitate de stingere a creanței.

Deși textul art. 133 alin. (5) pct. F din Codul insolvenței nu conține nicio prevedere cu privire la posibilitatea creditorului beneficiar a unei cauze de preferință să ia bunul în contul creanței sale, printr-o **dare în plată** (textul de lege se mărginește exclusiv la vânzarea și distribuirea sumelor astfel obținute), considerăm că o astfel de operațiune este posibilă și chiar preferabilă, tocmai în ideea de a minimiza costurile aferente procedurii de vânzare (art. 4 pct. 3 din Codul insolvenței impune, printre altele, asigurarea unei proceduri cu un minim de costuri). Bineînțeles că acest creditor va

¹ FL Memo, Company Law, 2011, p. 1105.

trebui să achite diferența de preț (dacă este cazul), respectiv onorariul administratorului judiciar aferent acestei distribuții.

În ambele variante (bunuri grevate sau negrevate de cauze de preferință), vânzarea se poate realiza fie separat, fie în bloc. În vederea fluidizării procedurii de valorificare a bunurilor, titularul planului poate ocoli parcurgerea procedurilor reglementate de art. 154-158 din Codul insolvenței, care presupune obținerea acordului creditorilor, prin indicarea în cuprinsul planului de reorganizare a modalității de valorificare a activelor ce se dorește a fi lichidate.

2.6. Modificarea sau stingerea cauzelor de preferință

Accastă modalitate de reorganizare este întâlnită în situația în care se dorește pregătirea unui SPV (*Special Purpose Vehicle* – anume constituirea unei noi societăți în care să fie înglobate întreprinderile rentabile ale debitorului, în scopul vânzării acestora și obținerii sumelor necesare îndeplinirii mesei credale). În vederea creșterii atractivității acestei noi societăți, activele ce urmează a fi transferate trebuie să nu fie grevate de cauze de preferință.

În aceste condiții, în vederea respectării condițiilor de valabilitate impuse de art. 133 alin. (5) lit. G din Codul insolvenței, titularul planului de reorganizare trebuie să găsească garanții sau protecții echivalente pentru creditorii ale căror cauze de preferință sunt modificate sau stinse. Este extrem de important de subliniat faptul că înlinderea noilor garanții/protecții se raportează la cauzele de preferință modificate sau stinse, iar nu la valoarea creanțelor deținute de creditorii. Cu alte cuvinte, indiferent de înlinderea creanțelor, noile garanții nu pot nici depăși, dar nici nu pot fi mai mici, decât cauzele de preferință modificate sau stinse prin această modalitate.

Textul art. 133 alin. (5) lit. G din Codul insolvenței nu distinge dacă noile garanții trebuie să poarte asupra bunurilor din averea debitorului sau pot viza bunuri aparținând unor terțe persoane, respectiv garanții personale acordate de terți. În lipsa unei astfel de distincții considerăm că garanțiile, respectiv protecțiile echivalente pot îmbrăca ambele forme indicate, importantă fiind valoarea acestor noi garanții, determinată prin raportul de evaluare dispus în baza art. 61 din Codul insolvenței.

2.7. Prelungirea datei scadenței, precum și modificarea ratei dobânzii, a penalității sau a oricărei alte clauze din cuprinsul contractului ori a celorlalte izvoare ale obligațiilor sale

Prin programul de plăți cuprins în planul de reorganizare vor putea fi achitate exclusiv creanțele cuprinse în tabelul definitiv de creanțe, creanțele curente nefiind menționate în acest act de procedură, din moment ce ele sunt achitate, potrivit art. 102 alin. (6) din Codul insolvenței, în baza documentelor din care rezultă.

În aceste condiții, trebuie reținut faptul că alin. (5) lit. H al art. 133 din Codul insolvenței vizează exclusiv creanțele născute anterior deschiderii procedurii insolvenței, anume pe cele aflate pe tabelul definitiv.

Specificul acestor creanțe este că ele pot fi achitate exclusiv prin planul de reorganizare, neexistând nicio derogare în ceea ce privește creanțele născute anterior deschiderii procedurii, dar afectate de un termen sau condiție. Din contră, textul art. 102 alin. (4) din Codul insolvenței stabilește că creanțele nescadente sau sub condiție la data deschiderii procedurii vor fi admise la masa credală și vor fi îndreptățite să participe la distribuiri de sume în măsura îngăduită de prezentul titlu. Cu alte cuvinte, această categorie de creanțe vizate de alin. (5) lit. H al art. 133 din Codul insolvenței nu poate primi plăți altfel decât o pot face restul creditorilor înșeriși la masa credală. În aceste condiții, se pune problema identificării acelor situații în care poate prezenta interes prelungirea datei scadenței.

Una dintre ipotezele ce pot fi vizate de textul lit. H, cu care însă nu suntem de acord, este cea a scadenței creanțelor contractelor ce nu au fost denunțate¹ de către administratorul judiciar. Aceste creanțe nu sunt însă creanțe anterioare deschiderii procedurii, ci creanțe curente care, astfel cum am arătat, nu intră în sfera de aplicare a textului de lege supus discuției.

¹ R. Bușan (coord.), op. cit., p. 627.

2.8. Modificarea actului constitutiv al debitorului, în condițiile legii

Procedura insolvenței permite o adevărată preluare ostilă¹ a societății debitoare fie de către terți, fie de către creditorii. Aceștia din urmă, prin diferite tehnici de inginerie financiară, pot plăti acțiunile/părțile societății în insolvență prin creanțele deținute.

Potrivit prevederilor art. 133 alin. (6) din Codul insolvenței, prin derogare de la prevederile Legii nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și ale Legii nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare, planul propus de creditorii sau de administratorul judiciar poate prevedea modificarea, fără acordul statutar al membrilor sau asociaților/acționarilor debitorului, a actului constitutiv.

Acesta este textul de lege în temeiul căruia poate opera o preluare ostilă, în sensul modificării actului constitutiv (structura acționariatului/asociaților), inclusiv convertirea unor creanțe în participații la societatea debitoare, fără acordul acționarilor/asociaților debitoare.

2.9. Emiterea titlurilor de valoare de către debitor sau oricare dintre persoanele prevăzute la lit. D și E, în condițiile prevăzute de Legea nr. 31/1990 și de Legea nr. 297/2004

Pentru înscrierea în plan a unei emisiuni de titluri de valoare este necesar acordul expres, în scris, al creditorului care urmează să primească titlurile de valoare emise, acord ce se dă înainte de exprimarea votului asupra planului de reorganizare de către creditorii. Prin excepție de la prevederile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare, opera-

¹ În doctrină s-a arătat că preluarea reprezintă transferul controlului prin vot de la actualul acționar/asociat majoritar la un alt acționar/asociat majoritar. Preluarea este ostilă atunci când nu este o preluare negociată, adică o preluare care presupune că managementul debitorului a fost de acord cu schimbarea controlului societății – Gh. Piperea, *Insolvența: Legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 322.

țiunile prevăzute de prezenta literă sunt considerate operațiuni exceptate în sensul art. 205.

§3. Termenul de realizare a planului

Potrivit prevederilor art. 133 alin. (3) din Codul insolvenței, executarea planului de reorganizare nu poate depăși 3 ani, calculați de la data confirmării planului. Cu titlu de excepție, art. 139 alin. (5) din același act normativ permite persoanelor îndreptățite să propună plan, indiferent dacă sunt sau nu titularii planului în curs, să solicite, prin apelarea la instituția modificării planului, prelungirea acestuia până la o perioadă de maxim 4 ani.

Condițiile de vot și de confirmare sunt aceleași ca la votarea și confirmarea planului, singura diferență fiind dată de faptul că vor vota exclusiv creditorii cu creanțele rămase în sold, la data votului.

Secțiunea a 4-a. Votarea planului

Momentul votării planului de reorganizare este unul crucial pentru debitor, întrucât în cazul în care Adunarea Creditorilor hotărăște respingerea planului, iar hotărârea astfel adoptată de creditorii nu este desființată de către judecătorul-sindic pe cale acțiunii în anulare, debitorul intră în faliment, potrivit prevederilor art. 145 alin. (1) A lit. c) din Codul insolvenței, fază al cărei rezultat final este dizolvarea și, ulterior, lichidării întregului patrimoniu al debitoarei, radierea persoanei juridice. Votarea efectivă a planului de reorganizare are un regim juridic diferit de cel general.

Votul se dă pe categorii, fiecare dintre aceste categorii, indiferent de ponderea pe care o are în masa credală, având dreptul la un singur vot. Pentru a asigura totuși un tratament echitabil creditorilor, îndeplinirea condițiilor de vot pe categorii va trebui dublată și de existența unei ponderi de cel puțin 30% din întreaga masă credală care să aprobe planul.

Art. 138 alin. (4) din Codul insolvenței indică majoritatea cu care trebuie să se ia o decizie în cadrul fiecărei categorii de creanțe care votează planul pentru a se considera drept acceptat planul. Astfel, un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie. Această reglementare impune adoptarea unei decizii de aprobare a planului printr-o majoritate absolută a drepturilor de vot din fiecare categorie de creanțe.

§1. Categoriile de creanțe care votează planul

În vederea votării planului de reorganizare sunt constituite maxim 5 categorii distincte de creanțe care votează separat. Conform art. 138 alin. (3) din Codul insolvenței aceste categorii sunt: 1.1. creanțele care beneficiază de drepturi de preferință; 1.2. creanțele salariale; 1.3. creanțele bugetare; 1.4. creanțele creditorilor indispensabili; 1.5. celelalte creanțe chirografare.

1.1. Creanțele care beneficiază de drepturi de preferință

Conform prevederilor art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței creanțe care beneficiază de o cauză de preferință sunt acele creanțe care sunt însoțite de un privilegiu, de un drept de ipotecă, respectiv de drepturi asimilate ipotecii (în sensul art. 2347 C.civ.), și/sau de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale cauzelor de preferință. Inclusiv în ipoteza în care debitorul este terț garant, creditorul care beneficiază de o cauză de preferință va fi considerat creditor care beneficiază de drepturi de preferință, urmând să exercite exclusiv drepturile corelative în ceea ce privește bunul sau dreptul respectiv.

Se poate observa faptul că din definiția legală a creditorului care beneficiază de un drept de preferință lipsește titularul dreptului de retenție, drept care, conform Titlului XI din Codul civil, este inclus în categoria privilegiilor și a garanțiilor reale. Lipsa indicării dreptului de retenție printre drepturile de preferință

trebuie pusă pe seama unei omisiuni a legiuitorului. Aici trebuie precizat că în textul art. 91 din Codul insolvenței, când se face vorbire despre modalitate de înstrăinare a bunurilor aparținând debitoarei, de către administratorul judiciar, se menționează faptul că bunurile debitoarei astfel înstrăinate sunt dobândite libere de orice sarcini, precum privilegii, ipoteci, gajuri sau drepturi de retenție, sechestre, de orice fel. Prin urmare, în această ipoteză, legiuitorul a înțeles să rețină printre pactele de preferință de care ar putea fi afectate bunurile debitoarei și dreptul de retenție. Acest aspect ne face să considerăm că și creanțele care au atașate un drept de retenție trebuie să fie incluse printre creanțele care beneficiază de drepturi de preferință, ele urmând a fi incluse în această categorie, distinctă, ce votează planul de reorganizare.

Anterior deschiderii procedurii insolvenței, este posibil ca o parte dintre creditorii să fi obținut măsuri asigurătorii împotriva debitorului, fie în faza de executare silită, fie prin intermediul procedurilor speciale reglementate de Codul de procedură civilă și de Codul de procedură fiscală.

În ceea ce privește măsurile asigurătorii dispuse în faza de executare silită, atât cea demarată în temeiul Codului de procedură civilă, cât și cea demarată de creditorii bugetari în temeiul prevederilor din Codul de procedură fiscală, ele vor înceta ca efect al definitivării hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței. În acest sens sunt lămuritoare prevederile art. 75 alin. (1) teza finală din Codul insolvenței conform cărora la data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silite suspendate încetează. În aceste condiții, aceste măsuri asigurătorii care au menirea de a asigura satisfacerea creanțelor creditorilor, nu vor putea fi calificate drept drepturi de preferință în sensul reglementat de art. 138 alin. (3) lit. a), acești creditorii neavând cum să fie incluși în această categorie.

În schimb, ipoteca legală instituită prin procedura reglementată de art. 154 C.proc.fisc. reprezintă un pact de preferință, creditorul bugetar urmând a fi înscris și, implicit, a vota în categoria creanțelor care beneficiază de drepturi de preferință.

Valoarea creanței beneficiare a unui pact de preferință, ce poate vota în această categorie este determinată prin raportare la valoarea de piață a acestor garanții. Potrivit art. 103 din Codul insolvenței, creanțele beneficiare ale unei cauze de preferință până la valoarea de piață a garanției stabilite prin raportul de evaluare dispus de administratorul judiciar. Prin urmare creditorul nu va putea vota cu o creanță ce se raportează la valoarea de inventar a activelor, stabilită la data perfectării contractelor de ipotecă, ci va trebui să se țină cont de valoarea imobilelor ipotecate, determinată de un evaluator în cadrul procedurii insolvenței și cu respectarea rigorilor impuse de art. 61 din Codul insolvenței¹.

1.2. Creanțele salariale

Conform prevederilor art. 5 pct. 18 din Codul insolvenței creanțe salariale sunt creanțele ce izvorăsc din raporturile de muncă și raporturile asimilate, între debitor și angajații acestuia. În această categorie sunt incluși atât salariații curenți ai debitoarei care înregistrau drepturi restante la momentul deschiderii procedurii insolvenței, cât și foștii salariați care, de asemenea, înregistrau drepturi restante la momentul deschiderii procedurii insolvenței, dar care la momentul votului nu mai dețin această calitate. În ceea ce privește natura juridică a acestei categorii de creanțe, ea face parte din categoria creanțelor chirografare, potrivit izvorului juridic care a stat la baza nașterii lor (contractul individual de muncă). Această creanță însă va avea atașat un privilegiu impus de reglementările în materia procedurii insolvenței, ceea ce-i permite să participe la distribuire pe treapta secundă, imediat după creditorii garanți². Privilegiul se întinde atât asupra sumelor reprezentând

¹ C.A. Galați, Secția comercială, decizia nr. 724/26.09.2007, în Insolvența 2.

² În sens contrar, a se vedea D. Moșiu, Particularitățile creanțelor salariale în procedura insolvenței, în P.R. supliment 2007, p. 582. Autoarea consideră că nu se poate susține că în contract de muncă ar conferi salariatului un statut privilegiat, care să-i confere acestuia o poziție prioritară în repartizarea activului debitorului (deși exact acest lucru se

salariile, cât și asupra indemnizațiilor de concediu¹, primelor de sărbători, respectiv asupra tuturor veniturilor de natură salarială.

Din definiția legală mai sus redată rezultă că această clasă de creditori nu este creată în baza calității persoanei ce deține dreptul de creanță, ci în baza caracteristicii creanțelor, aceea de a fi rezultată din raporturile de muncă pe care debitoare le-a avut cu diverse persoane. În aceste condiții, în ipoteza în care salariații sau foștii salariați cedează creanțele către terți, categoria creanțelor salariale va subzista, aceasta deoarece, ca urmare a intervenirii unei cesiuni de creanță, conform prevederilor art. 1568 alin (1) lit. a) C.civ., sunt transferate cesionarului toate drepturile pe care cedentul le are în legătură cu creanța cedată.

Nu aceeași este situația în ipoteza în care salariații sau foștii salariați au creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, ce au o natură diferită de cea a creanțelor salariale (e.g. dividende, împrumuturi etc.). Aceste creanțe nu vor putea fi incluse în categoria reglementată de art. 138 alin. (3) lit. b) din Codul insolvenței, ele urmând a vota în categoria celelalte creanțelor chirografare. Prin urmare, în determinarea creanțelor ce intră în această categorie nu este relevantă calitatea pe care o are creditorul (salarial sau nu al debitoare), ci contează dacă creanța este generată de un raport juridic de muncă, în care pe poziția de angajator s-a aflat debitorul.

1.3. Creanțele bugetare

Conform prevederilor art. 5 pct. 14 din Codul insolvenței, creanțe bugetare reprezintă creanțele constând în impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte venituri bugetare², precum și accesoriile acestora.

intâmplă, n.n.), însă la fel ca și creditorii bugetari, salariații beneficiază de o poziție chirografară privilegiată.

¹ J. Vallansan, Redressement et liquidation judiciaires, Litec, Paris, 2003, p. 263.

² În jurisprudență s-a reținut în mod eronat că atâta timp cât debitorul, aflată în procedura insolvenței, a fost o societate comercială ale

Își păstrează această natură și creanțele bugetare care beneficiază de un pact de preferință, dar care nu sunt acoperite în totalitate de valoarea privilegiilor, ipotecilor sau a gajurilor deținute, pentru partea de creanță neacoperită. Astfel, doar partea din creanțele bugetare care nu are constituite drepturi de preferință va fi inclusă în categoria reglementată la art. 138 alin. (3) lit. c) din Codul insolvenței.

Noțiunea de creanță bugetară, așa cum este definită în Codul de procedură fiscală, poate face în mod exclusiv obiectul unui *raport de drept material fiscal*. Dreptul de creanță fiscală și obligația fiscală corelativă se nasc în momentul în care, potrivit legii, se constituie baza de impunere care le generează. Categoriile de creanțe bugetare sunt enumerate în art. 2 C.fisc. și în art. 2 C.proc.fisc., acest din urmă text de lege făcând vorbire despre administrarea impozitelor și taxelor datorate bugetului de stat și bugetelor locale prevăzute de Codul fiscal.

În acest sens s-a pronunțat și doctrina¹ de specialitate care a stabilit că o creanță bugetară este cea reglementată de Codul de procedură fiscală, care, potrivit art. 1, stabilește că drepturile și obligațiile părților raporturilor juridice fiscale privesc administrarea impozitelor și taxelor datorate bugetului de stat și bugetelor locale.

O creanță bugetară **nu vizează o contraprestație**², ci se referă la impozite și taxe. Considerăm că pentru a califica o creanță drept

cărei acțiuni au fost admise la tranzacționare, pe o piață reglementată, după înregistrarea la CNVM, prin raportare la valoarea capitalului social, ea datorează conform legii taxe de menținere a valorilor mobiliare în schimbul serviciului prestat. Aceste taxe au caracter bugetar și trebuie achitate anual – C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia civilă nr. 397/24.04.2008, în Insolvența 2. Soluția este eronată întrucât CNVM (actualmente ASF) după cum chiar speța o reține, prestează un serviciu, ce este remunerat. Or, această remunerație a unui serviciu, ce se percepe de la societățile tranzacționate pe piața de capital, nu are caracterul unei creanțe bugetare.

¹ St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 42.

² Aceasta este rațiunea pentru care creanțele rezultate din gospodărirea resurselor de apă (potrivit Legii nr. 107/1996); taxa de drum (rovinieta),

una bugetară, este necesară existența unui titlu de creanță fiscală, specific raporturilor de drept fiscal. Un indiciu extrem de solid în calificarea unei creanțe drept una chirografară, iar nu bugetară, poate reprezenta chiar izvorul acestei creanțe. Astfel, dacă dreptul de creanță invocat de o autoritate a statului se sprijină pe una sau mai multe facturi, ipoteză specifică raporturilor de drept privat, nu se va putea pune problema existenței unei creanțe bugetare, în sensul prevăzută de art. 110 C.proc.fisc.

În același sens sunt și prevederile din Normele metodologice de aplicare a Codului de procedură fiscală edictate în aplicarea art. 110 C.proc.fisc., pct. 107.1. **Titlul de creanță bugetară** este definit drept actul prin care, potrivit legii, se stabilește și se individualizează obligația de plată privind creanțele fiscale, întocmit de organele competente sau de alte persoane îndreptățite potrivit legii. Asemenea titluri pot fi: a) decizia de impunere; b) declarația fiscală; c) decizia referitoare la obligații de plată accesorii; d) declarația vamală; e) decizia prin care se stabilesc și se individualizează datoria vamală, impozitele, taxele și alte sume care se datorează în vamă, potrivit legii, inclusiv accesorile; f) procesul-verbal de constatare și sancționare a contravenției, întocmit de organul prevăzut de lege, pentru obligațiile privind plata amenzilor contravenționale; g) decizia de atragere a răspunderii solidare emisă potrivit art. 28; h) ordonanța procurorului, încheierea sau dispozitivul hotărârii instanței judecătorești ori un extras certificat întocmit în baza acestor acte, în cazul creanțelor fiscale stabilite, potrivit legii, de procuror sau de instanța judecătorească.

Rezultă că izvorul unei creanțe bugetare va fi de fiecare dată legea sau actul normativ cu valoare de lege care instituie și reglementează un venit la bugetul de stat (impozit sau taxă). În doctrina¹ de specialitate s-a reținut, extrem de elocvent, că noțiunea de creanță fiscală acoperă noțiunea de creanță bugetară. De asemenea,

precum și orice alte contraprestații datorate unor autorități statale ca urmare a prestării unor servicii sau ca urmare a punerii la dispoziție a resurselor naturale, nu pot fi catalogate drept creanțe bugetare.

¹ H. Sasu, L. Țănu, Codul de procedură fiscală întors pe toate fețele, în C.F. nr. 3/2008 p. 31-32.

aceeași autori arată că noțiunea de creanță fiscală și noțiunea de obligație fiscală sunt identice. Din aceste două concluzii, printr-un simplu silogism se ajunge la concluzia că obligația fiscală este sinonimă cu creanța fiscală. Dacă așa stau lucrurile înseamnă că pentru a fi înscris în tabelul preliminar o creanță bugetară este necesar a fi demonstrată existența unei dintre **obligațiile enumerate la art. 22 C.proc.fisc.**

Prin urmare, atunci când nu se pretinde existența unei creanțe rezultate din: a) obligația de a declara bunurile și veniturile impozabile sau, după caz, impozitele, taxele, contribuțiile și alte sume datorate bugetului general consolidat; b) obligația de a calcula și de a înregistra în evidențele contabile și fiscale impozitele, taxele, contribuțiile și alte sume datorate bugetului general consolidat; c) obligația de a plăti la termenele legale impozitele, taxele, contribuțiile și alte sume datorate bugetului general consolidat; d) obligația de a plăti dobânzi, penalități de întârziere sau majorări de întârziere, după caz, aferente impozitelor, taxelor, contribuțiilor și altor sume datorate bugetului general consolidat, denumite obligații de plată accesorii; e) obligația de a calcula, de a reține și de a înregistra în evidențele contabile și de plată, la termenele legale, impozitele și contribuțiile care se realizează prin stopaj la sursă; f) orice alte obligații care revin contribuabililor, persoane fizice sau juridice, în aplicarea legilor fiscale, **rezultă că dreptul de creanță invocat este unul chirografar, iar nu bugetar.**

Concluziile reținute la pct. 1.2., cu privire la posibilitatea cesionării și menținerea calității de creanță salarială și ulterior momentului cesionării către un terț sunt aplicabile *mutatis mutandis* și în privința creanțelor bugetare.

1.4. Creanțele creditorilor indispensabili

Conform prevederilor art. 5 pct. 23 din Codul insolvenței creditorii indispensabili sunt creditorii chirografari care furnizează servicii, materii prime, materiale sau utilități fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți de niciun alt furnizor care oferă servicii, materii prime, materiale sau utilități de același fel, în aceleași condiții financiare.

Textul de lege pune în mod evident accentul pe condițiile financiare oferite debitorului de către creditorii furnizori indispensabili. Analiza condițiilor financiare nu trebuie să se lege exclusiv de cel mai mic preț, ci trebuie să privească și condițiile de plată. Astfel, trebuie să se aibă în vedere dacă furnizorul dorește plata pe loc sau este dispus să-i ofere debitorului credit comercial, această din urmă variantă fiind, de cele mai multe ori preferată chiar dacă prețul este superior unui alt furnizor care solicită plata pe loc¹.

Regimul juridic și modalitatea de constituire a acestei categorii de creditori este reglementată de art. 134 din Codul insolvenței și prezintă importanță exclusiv în ceea ce privește votarea planului de reorganizare. Categoria creditorilor furnizori indispensabili poate fi constituită indiferent de titularul planului de reorganizare, textul art. 134 din Codul insolvenței nerestricționând constituirea acestei clase exclusiv pentru ipoteza în care planul este propus de către debitor. Faptul că în cuprinsul alin. (2) al art. 134 din Codul insolvenței este descrisă modalitatea în care debitorul propune această categorie de creditori, nu creează restricții în ceea ce privește aptitudinea celorlalți titulari de a constitui această categorie². În funcție de titularul planului de reorganizare, regulile cu privire la constituirea acestei categorii de creditori sunt diferite.

Astfel, în ipoteza în care *debitorul este cel care propune planul de reorganizare*, lista creditorilor indispensabili, menționați la

¹ R. Bufan (coord.), op. cit., p. 600.

² În sens contrar, a se vedea R. Bufan (coord.), op. cit., p. 640. Autorii consideră că lista creditorilor furnizori indispensabili poate fi depusă exclusiv de către debitor, planurile propuse de către creditori, respectiv de către administratorul judiciar putând conține o astfel de categorie de creditori exclusiv în ipoteza în care lista a fost depusă de debitor, dar acesta nu mai propune planul sau deși propune există mai un al plan al creditorilor sau a administratorului judiciar care preia această categorie. Faptul că administratorul judiciar, respectiv creditorii pot constitui categoria creditorilor furnizori indispensabili este relevată prin interpretarea *per a contrario* a art. 134 alin. (2) teza a II-a care îl sancționează exclusiv pe debitor cu decăderea din dreptul de a mai propune categoria creditorilor furnizori indispensabili, ceilalți titulari ai planului de reorganizare nefiind afectați de pasivitatea debitorului.

alin. (1), este depusă de către acesta împreună cu celelalte documente prevăzute la art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței, menționându-se și creanțele acestora. Depășirea termenului impus de art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței are ca efect decăderea debitorului din dreptul de a mai propune, în vederea votării planului de reorganizare, categoria creditorilor indispensabili. Depunerea acestei liste după depunerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței sau, în ipoteza deschiderii procedurii insolvenței la cererea unui creditor, după expirarea termenului de 10 zile de la acel moment (art. 74 din Codul insolvenței), va fi sancționată cu nulitatea actului de procedură reprezentat de această listă a creditorilor furnizori indispensabili, conform prevederilor art. 185 alin. (1) teza a II-a C.proc.civ.

În ipoteza în care *creditorii sunt cei care propun planul de reorganizare* depunerea listei creditorilor indispensabili, în vederea confirmării de către administratorul judiciar, este posibilă până la momentul depunerii planului de reorganizare. Bineînțeles că ea va trebui să fie depusă în timp util, astfel încât administratorul judiciar să se poată pronunța asupra ei anterior momentului depunerii planului.

Dacă *administratorul judiciar este cel care propune planul de reorganizare*, în mod evident că nu va mai fi necesară aprobare listei cu creditorii furnizori indispensabili, fiind suficientă depunerea planului de reorganizare în care să fie inclusă această categorie de creditori.

Procedura de confirmare sau de infirmare a listei creditorilor furnizori indispensabili, de către administratorul judiciar este subsumată prevederilor art. 59 alin. (5)-(7) din Codul insolvenței. Măsura administratorului judiciar de infirmare sau de confirmare a listei creditorilor furnizori indispensabil va putea fi atacată de persoanele interesate, în termen de 7 zile de la publicarea sa în BPI. În ipoteza în care măsura administratorului judiciar este contestată și, anterior soluționării sale în mod definitiv, este fixat termen pentru votarea planului de reorganizare în adunarea creditorilor, va fi de preferat să se amâne votarea planului în vederea soluționării contestației cu privire la măsura administratorului judiciar, astfel încât să se prevină o posibilă contestație la adunarea creditorilor ce s-ar putea solda cu anularea sa.

Textele legale nu reglementează însă ipoteza în care administratorul judiciar stă în pasivitate și omite să se pronunțe cu privire la confirmarea ori infirmarea listei creditorilor furnizori indispensabili. Bineînțeles că pasivitatea administratorului nu poate fi interpretată nici confirmare și nici infirmare a listei. Titularul planului interesat de constituirea acestei categorii se va putea adresa judecătorului-sindic, solicitându-i să-i pună în vedere administratorului judiciar să se pronunțe cu privire la constituirea categoriei creditorilor furnizori indispensabili, sub sancțiunea unei amenzi, respectiv sub sancțiunea înlocuirii, judecătorul-sindic fiind în măsură să se autosesizeze în această privință potrivit prevederilor art. 57 alin. (4) din Codul insolvenței.

Spre deosebire de categoriile creanțelor salariale și a celor bugetare, în privința creanțelor creditorilor indispensabili se va ține cont de calitatea persoanei ce deține creanța împotriva debitorului, iar nu de natura creanței. Cu alte cuvinte, în vederea circumscrierii unei creanțe în categoria furnizorilor indispensabil, singura condiție este aceea ca persoana care o deține să aibă calitatea de furnizor indispensabil, neavând importanță dacă creanța respectivă a fost generată de raporturile de furnizare servicii, materii prime, materiale sau utilități fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți de niciun alt furnizor în aceleași condiții financiare. În aceste condiții, în ipoteza în care creditorul indispensabil își înstrăinează creanța către un terț, ce nu are această calitate, creanța cesionată nu va mai putea fi inclusă în categoria furnizorilor indispensabil, urmând a vota în cadrul celei de-a cincea categorii, a creditorilor chirografari ordinari.

Întrucât relevantă pentru includerea în categoria furnizorilor indispensabil este calitatea creditorului, iar nu cea a creanței, partenerii contractuali furnizori indispensabili ai debitorului, care nu dețin creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, vor avea posibilitatea să cumpere, pe calea cesiunii de creanță, creanțe anterioare deschiderii procedurii insolvenței, acestea devenind astfel, prin calitatea pe care o dețin acești furnizori indispensabili, creanțe chirografare aparținând furnizorilor indispensabili și, deci, înscrise în cea de-a patra categorie care votează planul.

1.5. Creanțele chirografare

În această categorie, în vederea votării planului de reorganizare, vor intra toți creditorii care nu pot fi incluși în celelalte patru categorii de creanțe.

§2. Adoptarea deciziei în cadrul Adunării Creditorilor de votare a planului de reorganizare

Adoptarea hotărârii privitoare la planul de reorganizare de către adunarea creditorilor are o structură dihotomică, fiind necesară îndeplinirea a două condiții cumulative. (i) Planul să fie votat de cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale; (ii) Planul să fie acceptat de categoriile de creanțe în condițiile art. 139 alin. (1) lit. A-C din Codul insolvenței; (iii) Cel puțin una dintre categoriile defavorizate să accepte planul.

2.1. Ipoteza propunerii mai multor planuri de reorganizare

Potrivit prevederilor art. 138 alin. (6) din Codul insolvenței dacă au fost propuse mai multe planuri de reorganizare, atunci votarea acestora se va face în aceeași ședință a adunării creditorilor, în ordinea decisiă prin votul creditorilor.

Textul de lege nu distinge dacă pot fi propuse de către același titular mai multe planuri de reorganizare sau planurile de reorganizare sau pot dacă pot fi propuse mai multe planuri de reorganizare de către titulari diferiți. În aceste condiții, întrucât nu poate fi eliminată niciuna dintre variantele de mai sus – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* – rezultă că pluralitatea de propuneri a unor planuri de reorganizare poate fi generată fie de același titular¹, fie de titulari diferiți.

¹ Trib. Harghita, Secția comercială, încheierea nr. 3317/27.09.2006 – Intenția de reorganizare a activității exprimată de debitor poate fi urmată de depunerea a două planuri de reorganizare distincte. Fiecare dintre aceste planuri trebuie supuse distinct votului creditorilor.

În schimb, trebuie analizată atitudinea titularilor dreptului de a propune un plan de reorganizare, fiind necesară identificarea acelor situații în care propunerea unui plan de reorganizare îmbracă forma abuzului de drept, anume atunci când se urmărește producerea unor prejudicii față de ceilalți participanți la procedura insolvenței, cum ar fi paralizarea unui alt plan de reorganizare, construcția artificială a unei speranțe de realizare rapidă a creanțelor, urmată de intrarea în faliment etc.

Cu titlu de exemplu, propunerea de către debitoare a unui plan de reorganizare care să prevadă achitarea tuturor creanțelor în termen de 30 de zile de la confirmarea sa de către judecătorul-sindic trebuie să fie privită cu mult scepticism. Căci este evident neverosimilă și chiar abuzivă propunerea unei debitoare de a achita, prin planul de reorganizare propus, toate datoriile înscrise în tabelul definitiv al creanțelor, în termen de 30 de zile de la momentul confirmării. Dacă procedura insolvenței s-a declanșat la cererea debitoare, înseamnă că aceasta și-a recunoscut, la momentul deschiderii procedurii, starea de insolvență, adică lipsa de lichidități necesară plății datoriilor. Din moment ce debitoarea nu avea lichidități la momentul deschiderii procedurii, nefiind capabilă să își gestioneze afacerile în asemenea mod încât să fi evitat insolvența sau să fi corectat din timp disfuncționalitățile care au dus la insolvență, este puțin probabil ca aceeași debitoare să aibă lichidități după confirmarea planului de reorganizare, mai ales că în perioada de observație se fac plăți curente, care diminuează sau epuizează lichiditățile.

Abuzul de drept, definit în art. 15 C.civ., reprezintă o formă de încălcare a conceptului de bună-credință (reglementat de art. 14 C.civ.) prin exercitarea unui drept subiectiv, în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul, ori într-un mod excesiv și nerezonabil. În ambele situații, autorul abuzului de drept deturneză dreptul său de la finalitatea sa economică și socială, adică de la limitele sale normale.

Prin urmare, propunerea unui plan de reorganizare, trebuie să aibă drept scop, întotdeauna, achitarea creanțelor prevăzute în plan și închiderea procedurii insolvenței. Orice altă finalitate urmărită, manifestată direct sau indirect, va fi considerată străină de scopul

procedurii insolvenței și se va constitui implicit într-un abuz de drept. Astfel, dacă se urmărește de fapt propunerea unui plan sortit eșecului, care are drept unic scop invalidarea unui alt plan, pentru a determina intrarea în procedura falimentului, ipoteză care, în mod evident îi vatămă pe toți creditorii, deoarece aceștia nu vor mai fi în măsură să-și recupereze în integralitate creanțele, ne vom afla în fața unui abuz de drept care, în mod evident, va trebui să fie sancționat atât de creditorii, la momentul votării, cât și de judecătorul-sindic, cu ocazia confirmării planului sau la momentul soluționării unor posibile contestații cu privire la modul în care s-a votat în cadrul adunării creditorilor.

În concluzie, indiferent dacă unul dintre planurile de reorganizare propune plata tuturor creanțelor în termen de 30 de zile, potrivit prevederilor art. 139 alin. (1) lit. E din Codul insolvenței, în cadrul Adunării Creditorilor de votare a planului creditorii își vor putea exprima votul în ceea ce privește acest plan, putându-l alege pe altul care prezintă garanții mai puternice de reușită.

2.2. Planul să fie votat de cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale

Această primă condiție, ce trebuie îndeplinită pentru acceptarea planului de reorganizare este nouă, vechea reglementare neimpunând întrunirea unui grad minim de acceptare a planului de reorganizare de 30% din totalul masei credale.

Rațiunea legiuitorului în impunerea acestui prag minim a reieșit din practica generată de vechea Lege nr. 85/2006 în cadrul căreia erau întâlnite situații în care cu doar 2% din masa credală planurile de reorganizare erau acceptate. Votarea planului de reorganizare exclusiv pe categoriile de creanțe putea să conducă la astfel de ipoteze, creditorii majoritari, de regula cei garantați, fiind incluși doar într-una dintre categoriile de creanțe și, prin urmare, aveau un singur vot dintre cele 5 posibile.

Acest procent de 30% din totalul masei credale nu trebuie întrunit doar în categoriile de creanțe care votează planul, urmând a fi luate în calcul atât voturile de acceptare a planului din categoriile care îl votează negativ. Astfel, dacă într-una dintre categoriile

de creanțe 60% dintre drepturile de vot sunt în sensul respingerii planului, restul de 40% acceptând planul, se va considera că acea categorie a respins planul, însă procentul de 40% din drepturile de vot din această categorie va fi luat în calcul în vederea stabilirii dacă este atins pragul de 30% din totalul masei credale.

2.3. Planul să fie acceptat de categoriile de creanțe, în condițiile art. 139 alin. (1) lit. A-C din Codul insolvenței

Conform art. 138 alin. (4) din Codul insolvenței un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie. Din câte se poate observa, textul de lege vorbește despre **întrunirea unei majorități absolute**, întrunirea unei majorități relative (dintre creditorii prezenți în cadrul adunării) sau neîntrunirea unei majorități având drept efect respingerea planului de către categoria respectivă de creanțe. Creditorii care lipsesc din Adunare Creditorilor și care nu au trimis prin corespondență votul se vor considera ca votând împotriva planului, deoarece condiția impusă de textul de lege pentru trecerea planului este întrunirea unei majorități absolute care să accepte planul. Pasivitatea nu poate fi considerare acceptare, dovadă stând prevederile art. 1196 alin. (2) C.civ., potrivit cărora tăcerea sau inacțiunea destinatarului nu valorează acceptare decât atunci când aceasta rezultă din lege, din acordul părților, din practicile statonice între acestea, din uzanțe sau din alte împrejurări¹.

În ceea ce privește posibilitatea de a vota a **creditorilor care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul**, împrejurare ce are relevanță și în ceea ce privește formarea majorităților, prevederile art. 138 alin. (5) din Codul insolvenței conțin o limitare. Astfel, aceștia vor putea vota cu privire la planul de reorganizare, sub condiția ca programul de plăți să nu le ofere nicio sumă sau să le ofere mai puțin decât ar primi în cazul falimentului și ca orice astfel de plăți să le

¹ În sens contrar, *St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 393.*

să fie acordate potrivit ordinii de prioritate a creanțelor subordonate prevăzute la art. 161 pct. 10 lit. a) din Codul insolvenței, anume să fie ultimii creditori ce își pot recupera creanțele.

În ipoteza în care planul de reorganizare nu respectă condițiile reglementate de art. 138 alin. (5) din Codul insolvenței în mod evident creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul nu vor putea să voteze în cadrul adunării creditorilor, aspect ce va determina modificarea majorităților și a procentelor stabilite prin tabelul definitiv, fiind necesară scoaterea totală din calcul a acestor creditori cărora nu le este permisă votarea planului.

Votarea planului va fi diferită în funcție de numărul categoriilor de creanțe constituite în vederea aprobării planului. Astfel, condițiile vor fi diferite în funcție de numărul categoriilor indicate la art. 138 alin. (3) lit. a)-e) din Codul insolvenței.

A. În cazul în care, în vederea votării planului de reorganizare au fost constituite **cinci categorii** de creanțe, planul se consideră acceptat dacă cel puțin 3 dintre categoriile de creanțe menționate în programul de plăți, dintre cele prevăzute la art. 138 alin. (3), acceptă planul.

B. În cazul în care, în vederea votării planului de reorganizare au fost constituite **trei categorii** de creanțe, planul se consideră acceptat în cazul în care cel puțin două categorii votează planul.

C. În cazul în care, în vederea votării planului de reorganizare au fost constituite **două sau patru categorii**, planul se consideră acceptat în cazul în care este votat de cel puțin jumătate din numărul de categorii.

2.4. Cel puțin una dintre categoriile defavorizate să accepte planul

Potrivit prevederilor art. 5 pct. 16 din Codul insolvenței categoria de creanțe defavorizate este considerată a fi categoria de creanțe pentru care planul de reorganizare prevede cel puțin una dintre modificările următoare pentru creanțele categoriei respective:

a) o reducere a cuantumului creanței și/sau a accesoriilor acesteia la care creditorul este îndreptățit potrivit prezentei legi;

b) o reducere a garanțiilor ori reeșalonarea plăților în defavoarea creditorului, fără acordul expres al acestuia;

În cazul în care o categorie defavorizată respinge planul, nicio categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate neacceptante, astfel cum rezultă din ierarhia prevăzută la art. 138 alin. (3), nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului.

Textul art. 139 alin. (1) lit. E din Codul insolvenței pune la îndemână participantului la procedura insolvenței care a propus planul un instrument extrem de important prin intermediul căruia pot fi asigurate, în mod automat, voturi de aprobare a planului de reorganizare. Astfel, vor fi considerate creanțe nedefavorizate și vor fi considerate că au acceptat planul creanțele ce se vor achita integral în termen de 30 de zile de la confirmarea planului ori în conformitate cu contractele de credit sau de leasing din care rezultă.

Potrivit prevederilor art. 48 alin. (4) din Codul insolvenței creditorii **pot vota și prin corespondență**. Scrisoarea prin care își exprimă votul, semnată de creditor, sau înscrisul în format electronic căruia i s-a încorporat, atașat ori asociat semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat valabil, pot fi comunicate prin orice mijloace, până în ziua și la ora fixată pentru exprimarea votului, administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar¹.

În ipoteza în care creditorul ce votează prin corespondență dorește să respingă planul de reorganizare, exprimarea votului este facil de făcut. Aceeași este situația și în ipoteza în care creditorul

¹ Valabilitatea votului prin corespondență a fost reținut și în jurisprudența anterioară Codului insolvenței – Trib. București, Secția a. VII-a comercială, sentința comercială nr. 2980/2007. În ceea ce privește voturile prin corespondență, judecătorul-sindic constată că acestea sunt valabile, întrucât Legea nr. 85/2006 nu stabilește un termen pentru depunerea lor, doar la art. 100 alin. (1) se spune că la începutul ședinței de vot administratorul judiciar va informa creditorii despre voturile valabile primite în scris. Termenul de 5 zile menționat de creditorul DGFP București este stabilit în art. 99 alin. (3) pentru acționarii și creditorii cu titluri de valoare la purtător pentru depunerea originalelor la administratorul judiciar sub sancțiunea decăderii din dreptul de a vota.

aprobă necondiționat planul de reorganizare, menționând neechivoc că acceptă planul. În schimb, în ipoteza în care creditorul exprimă un vot condiționat pentru plan, în funcție de condiția impusă de creditor, votul va fi calificat fie de respingere, fie de acceptare a planului.

Cu titlu de exemplu, în jurisprudență s-a reținut că mențiunea din cuprinsul adresei prin care se exprimă votul „pentru plan”, de asumare de către debitor a obligației de plată a datoriilor curente în intervalul de timp de execuție a planului nu poate fi considerată ca un vot condiționat, în vederea aprobării planului, fiindcă achitarea obligațiilor curente ține de esența derulării oricărei activități comerciale. Reorganizarea judiciară nu reprezintă altceva decât continuarea activității debitorului, achitarea datoriilor anterioare procedurii făcându-se conform programului de plată, din ceea ce se constituie în surplus, după ce în fiecare lună se scad cheltuielile curente pe care le implică activitatea debitorului¹.

Adunarea creditorilor convocată pentru votul asupra planului se concretizează într-o hotărâre, supusă aceluiași condiții de valabilitate (plus particularitățile specifice acestei categorii de adunări, *n.n.*) ca și celelalte hotărâri ale adunării creditorilor și, implicit, unei eventuale acțiuni în anulare, care va fi soluționată de judecătorul-sindic odată cu cererea de confirmare a planului².

Secțiunea a 5-a. Confirmarea și efectele confirmării planului de reorganizare

În viziunea Legii nr. 85/2006, procedura de confirmare a planului de reorganizare avea menirea de a verifica dacă hotărârea adunării creditorilor referitoare la votul asupra planului a fost legal luată, dacă s-au respectat condițiile referitoare la majoritatea în cadrul categoriilor de creanțe și majoritățile în cadrul fiecărei categorii în parte, dacă s-au respectat condițiile referitoare la creanțele

¹ Trib. Comercial Mureș, sentința nr. 1023/24.09.2008.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 653-654.

defavorizate și, în fine, dacă planul asigură un tratament corect și echitabil fiecărei creanțe defavorizate¹. Prin confirmarea planului, judecătorul-sindic oferă garanția legalității tuturor măsurilor incluse în plan și care fac parte integrantă din el, devenind actorul principal, în acest moment crucial, în care se decide soarta debitoarei: reorganizare sau faliment². Această concluzie se desprindea din prevederile art. 101 alin. (1) lit. E din Legea nr. 85/2006 care făcea trimitere la respectarea prevederilor art. 95 din același act normativ.

Codul insolvenței aduce o modificare importantă procedurii de conformare a planului de reorganizare. Corespondentul art. 101 din Legea nr. 85/2006, anume art. 139 din Codul insolvenței impune ca planul să respecte, atât din punct de vedere al legalității și, cât și din punct de vedere al *viabilității*, prevederile art. 133 din Codul insolvenței. Prin urmare a fost abandonată vechea concepție conform căreia judecătorul-sindic avea posibilitatea de a controla decizia adoptată de creditorii cu privire la acceptarea planului de reorganizare, exclusiv din punctul de vedere al legalității planului³.

În ipoteza în care este atacată hotărârea adunării creditorilor prin care a fost votat planul, judecătorul-sindic se va putea

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 655.

² R. Savu, *Procedura insolvenței. Aprobarea planului de reorganizare de către judecătorul-sindic. Rolul judecătorului-sindic în cadrul procedurii insolvenței*, în R.D.B.F. nr. 1/2011, p. 76.

³ Dispozițiile art. 98 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 cer ca judecătorul-sindic să aprecieze doar eventualele neregularități formale ale planului dedus verificărilor sale jurisdicționale și nicidecum să analizeze oportunitatea concretizării acelui plan ori șansele lui reale de reușită, având doar posibilitatea de a cere practicianului în insolvență o asemenea opinie. Or, în opinia administratorului judiciar – practician în insolvență – planul de reorganizare ales ar fi posibil de realizat în modalitatea propusă de debitoare. Trib. Comercial Mureș, sentința nr. 101/07.02.2007, în *Insolvența 2*. În sens contrar, a se vedea R. Bușan (coord.), op. cit., p. 644. Autorii susțin că analiza din punctul de vedere al oportunității planului de reorganizare și implicit a viabilității acestuia, se realiza și în cadrul procedurilor derulate în temeiul Legii nr. 85/2006. Bineînțeles că în lipsa unei prevederi legale în reglementarea anterioară, această opinie nu poate fi primită, fiind contrazisă inclusiv de practica judiciară mai sus prezentată.

pronunța concomitent, atât asupra legalității hotărârii Adunării Creditorilor, cât și asupra confirmării planului de reorganizare.

§1. Condițiile pe care trebuie să le îndeplinească planul în vederea confirmării sale

În plus față de condițiile referitoare la modalitatea în care este adoptată hotărârea adunării Creditorilor de votare a planului, tratată în Capitolul IV din cadrul prezentului titlu, planul de reorganizare trebuie să întrunească toate condițiile impuse de art. 133 și urm. din Codul insolvenței.

1.1. Aspecte de legalitate ale planului

Aspectele legate de îndeplinirea acestei condiții au fost tratate în cadrul pct. §3, judecătorul-sindic fiind dator să verifice îndeplinirea lor, din punct de vedere formal.

1.2. Condiția viabilității planului

Conform celor învederate în partea introductivă a prezentului capitol, asistăm la o modificare consistentă a procedurii de confirmare a planului de reorganizare, fiind lărgită competența de control a judecătorului-sindic și asupra viabilității planului de reorganizare¹.

Această nouă competență dată în sarcina judecătorului-sindic are menirea de a evita acele reorganizări care sunt *de plano*, sortite eșecului, contribuind astfel la derularea cu celeritate a procedurii insolvenței *in genere*, și la satisfacerea cât mai rapidă a creanțelor. În lipsa unui plan de reorganizare sustenabil, care să fie apt a restructura și reorganiza în practică afacerea debitorului, acesta nu va trebui să aibă acces la reorganizare, scopul procedurii

¹ În vechea reglementare controlul asupra viabilității planului nu era posibil. În acest sens a se vede C.B. Nasz, Unele considerații cu privire la confirmarea planului de reorganizare judiciară, în R.D.C. nr. 3/2013, p. 29-30.

insolvenței (art. 2 din Codul insolvenței) restricționând accesul debitorului la reorganizare într-o astfel de ipoteză.

(i) **Viabilitate vs. Oportunitate.** Viabilitatea planului nu trebuie confundată însă cu oportunitatea acestuia. Aspectele de oportunitate ale planului exced și în noua reglementare controlului judecătorului-sindic care nu va putea infirma actele de voință ale creditorilor, exprimate în cadrul Adunării creditorilor cu privire la măsurile pe care le conține planul de reorganizare (diminuarea creanțelor¹, modificarea termenelor de plată, vânzarea unor active etc.). Cu toate acestea, în ipoteza în care judecătorul-sindic constată că planul nu este sustenabil, în sensul că măsurile propuse nu pot fi aduse la îndeplinire, va avea posibilitatea să-l infirme.

Problemele legate modalitatea de stingere a creanțelor în perioada de reorganizare fac obiectul discuției adunării creditorilor, aceștia putând să nu voteze pentru confirmarea planului în măsura în care nu își văd satisfăcute integral creanțele². Odată depășită această etapă, creditorii nu mai pot critica în cadrul procedurii de confirmare a planului aspectele legate de nesatisfacerea integrală a creanțelor, în ipoteza în care planul respectă condițiile de legalitate.

(ii) **Viabilitatea planului de reorganizare** este determinată pe baza unei analize economice. Obiectivele, strategia și planurile de acțiune propuse prin plan pentru derularea activității debitorului pe parcursul perioadei de reorganizare trebuie să fie sustenabile. În vederea determinării caracterului viabil al planului de reorganizare, prin mecanismul pus la îndemâna judecătorului-sindic de prevederile art. 139 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței, acesta poate solicita unui specialist să își exprime o opinie privind posibilitatea de realizare a planului, înainte de confirmarea lui. Rolul acestei opinii este similar cu rolul expertizei judiciare. Părțile interesate,

¹ În doctrină s-a exprimat și opinia cu care nu suntem de acord, potrivit căreia diminuarea creanțelor fiscale prin planul de reorganizare ar reprezenta un ajutor de stat, A. Anghelof, A. Lotrean, Scurtă prezentare a noțiunii de ajutor de stat și a implicației acesteia în procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 11/2009, p. 51 și urm.

² C.A. Ploiești, Secția comercială, decizia nr. 2445/21.11.2006, în Insolvența 2.

anume debitorul, administratorul judiciar și creditorii vor putea formula obiecțiuni la acest raport de expertiză, având posibilitatea să solicite inclusiv o contraexpertiză (art. 62 din Codul insolvenței).

Planul care conține exclusiv considerente teoretice, neînsoțite de măsuri practice concrete de punere în aplicare, nu poate forma convingerea judecătorului-sindic asupra viabilității lui¹.

1.3. Tratament corect și echitabil

Regulile ce trebuie respectate în vederea atingerii acestui dezi-derat, anume de a acorda tuturor creditorilor un tratament corect și echitabil sunt reglementate de prevederile art. 139 alin. (2) Codul insolvenței. Bineînțeles că nu trebuie omise principiile generale ale procedurii insolvenței, reglementate la art. 4 din Codul insolvenței care la pct. 4 impune asigurarea unui tratament egal al creditorilor de același rang, pentru ca la pct. 9 să solicite fundamentarea votului pentru aprobarea planului de reorganizare pe criterii clare, cu asigurarea unui tratament egal între creditorii de același rang, a recunoașterii priorităților comparative și a acceptării unei decizii a majorității, urmând să se ofere celorlalți creditori plăți egale sau mai mari decât ar primi în faliment.

Art. 139 alin. (2) din Codul insolvenței enumeră condițiile în funcție de care este considerată a fi îndeplinită cerința tratamen-tului corect și echitabil:

(i) niciuna dintre categoriile care resping planul și nicio creanță care respinge planul nu primesc mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului;

(ii) nicio categorie sau nicio creanță aparținând unei categorii nu primește mai mult decât valoarea totală a creanței sale;

(iii) în cazul în care o categorie defavorizată respinge planul, nicio categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate neacceptante, astfel cum rezultă din ierarhia prevăzută la art. 138 alin. (3), nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului;

(iv) planul prevede același tratament pentru fiecare creanță în cadrul unei categorii distincte, cu excepția rangului diferit al celor

¹ Trib. Constanța, încheierea nr. 4937/17.12.2008, în Insolvența 2.

beneficiare ale unor cauze de preferință, precum și în cazul în care deținătorul unei creanțe consimte la un tratament mai puțin favorabil pentru creanța sa.

1.4. Ipoteze în care planul de reorganizare nu este confirmat

Judecătorul-sindic poate respinge planul de reorganizare dacă: planul prezintă dificultăți în desfășurarea activității fundamentale a societății debitoare; planul este lipsit de orice viziune managerială; planul nu are o fundamentare clară; realizarea acoperirii creanțelor nu este realistă; după deschiderea procedurii, administratorul social a realizat acte de administrare, în favoarea unei alte societăți în care este interesat, ce au condus la diminuarea activului¹.

Planul de reorganizare care cuprinde un program de plată a creanțelor bazat pe tabelul preliminar al creanțelor, modificat în urma contestațiilor formulate, nu satisface cerințele prevăzute de art. 133 și urm. din Codul insolvenței. Programul de plată cuprins în plan trebuie să aibă la bază creanțele cuprinse în tabelul definitiv. Planul nu poate fi considerat unul viabil atunci când resursele financiare de care dispune debitorul pentru realizarea planului nu sunt reale, debitorul nu are active valorificabile, nu s-au depus situațiile financiare, bilanțurile trimestriale și anuale pentru a se face o evaluare a potențialului economico-financiar al debitorului².

§2. Efectele confirmării planului de reorganizare

Prin confirmarea planului de reorganizare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător, creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate fiind modificate astfel cum este prevăzut în plan.

¹ Trib. Călărași, încheierea din 8.05.2007, în Insolvența 2.

² C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 941/22.04.2009.

2.1. Efectele hotărârii judecătorești

Efectele hotărârii judecătorești definitive, de confirmare a planului de reorganizare, au atașată o condiție rezolutorie, anume cea a intrării în faliment. Situație este una atipică, întrucât normele generale procesual civile nu reglementează ipoteze similare, în care efectele unei hotărâri judecătorești să fie afectate de o condiție rezolutorie. În ipoteza în care condiția rezolutorie este îndeplinită efectele confirmării planului de reorganizare sunt desființate, urmând a se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv, mai puțin sumele achitate în timpul planului de reorganizare.

Această nouă viziune a legiuitorului, ce diferă de vechea reglementare (Legea nr. 85/2006 nu permitea o revenire la tabelul definitiv a cuantumului creanțelor în ipoteza în care planul de reorganizare eșua) este benefică procedurii, fiind evitat potențialul abuz de drept pe care îl puteau comite titularii planului de reorganizare, în special debitorul. În sistemul de drept reglementat de vechea Lege nr. 85/2006 erau întâlnite în practică situații în care debitorul, în încercarea de a diminua masa credală, propunea un plan de reorganizare lipsit de viabilitate, ce era aprobat și ulterior confirmat printr-un joc al votului în cadrul categoriilor de creanțe. În aceste situații, unicul scop al parcurgerii procedurii de votare a planului era acela de a determina micșorarea masei credale, debitorul fiind conștient că planul nu poate fi dus la îndeplinire. Astfel, chiar dacă planul de reorganizare eșua, debitorul era descărcat de o parte din datoriile sale ca efect al confirmării planului [art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2006].

2.2. Efectele asupra debitorului

Confirmarea planului de către judecătorul-sindic are drept efect, pe lângă modificarea masei credale, atunci când este cazul, și ridicarea tuturor interdicțiilor bancare¹. Această concluzie nu este oferită în mod expres de prevederile legale românești, însă concluzia trasă în doctrina franceză trebuie aplicată și în dreptul nostru.

¹ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 314.

Un alt efect benefic pentru debitor este că interdicția de înstrăinare a unor bunuri este ridicată, ne mai fiind necesară primirea acordului din partea comitetului creditorilor cu privire la înstrăinarea unor active ce nu pot fi calificate drept activități curente, cu condiția ca aceste vânzări să facă parte din planul de măsuri conținut de planul de reorganizare.

2.3. Efectele asupra codebitorilor și a fideiusorilor debitorului

Creditorii conservă acțiunile lor pentru întreaga valoare a creanțelor, împotriva codebitorilor și a fideiusorilor debitorului, chiar dacă au votat pentru acceptarea planului [art. 140 alin. (4) din Codul insolvenței].

Această precizare a Legii nr. 85/2014 conferă instituției fideiusiunii un regim juridic aparte în ipoteza în care persoana pentru care s-a garantat cu o garanție personală este în reorganizare judiciară, iar ca efect al admiterii planului are efecte asupra regimului juridic al fideiusiunii.

2.4. Efectele asupra creditorilor

În caz de reorganizare, nu sunt aplicabile prevederile art. 123 din Codul insolvenței care reglementează ordinea de satisfacere a creanțelor. În reorganizare creditorii sunt plătiți conform programului de plăți, la termenele și în măsura prevăzută în acest program.

În cazul în care în programul de plăți s-a prevăzut că nu vor fi plătiți creditorii chirografari, iar planul a fost astfel confirmat, creditorii chirografari nu pot solicita reconsiderarea planului și nu pot pretinde plata creanțelor lor sub pretextul că activitatea debitorului este rentabilă și se obține profit¹.

¹ Trib. Comercial Mureș, sentința nr. 311/23.03.2007, în Insolvența 2.

Secțiunea a 6-a. Modalități de reorganizare specifice dreptului societar – divizarea și fuziunea

Art. 133 alin. (4) lit. D din Codul insolvenței permite în mod explicit, ca modalitate de reorganizare judiciară, fuziunea sau divizarea debitorului, impunând drept condiții respectarea prevederilor legale, inclusiv celei referitoare la obligația de notificare a operațiunilor de concentrare, potrivit legislației în domeniul concurenței¹.

Deși suntem în fața unei noi reglementări, Codul insolvenței², nu conține norme speciale privitoare la procedura de fuziune/divizare, în ipoteza în care sunt implicate societăți aflate în insolvență. Prevederile din Legea nr. 31/1990 referitoare la fuziune și divizare nu sunt perfect compatibile cu procedura insolvenței, aceasta fiind rațiunea pentru care în prezentul studiu vor fi identificate soluții practice care să deblocheze impedimentele ce ar putea surveni derularea și finalizarea acestor modalități de reorganizare.

Fuziunea și divizarea sunt procedee tehnico-juridice prin care se realizează restructurarea societăților reglementate de Legea nr. 31/1990³. Această definiție imprimă o compatibilitate extrem de ridicată între funcția pe care o îndeplinesc aceste două instituții (fuziunea și divizarea) și funcția pe care o îndeplinește reorganizarea judiciară în cadrul procedurilor de insolvență.

Reorganizarea judiciară implică restructurarea debitorului aflat în insolvență prin metode care să permită adaptarea întreprinderii la noile realități economico-financiare de care se lovește debitorul. Acest deziderat poate fi atins prin concentrarea activității unor societăți pentru realizarea unei societăți mai puternice sau, dimpotrivă, divizarea activității debitoarei în mai multe societăți de dimensiuni mai mici. Prin asemenea operațiuni se asigură condițiile

¹ A. Dimitriu, Scurte considerații cu privire la divizarea și fuziunea în procedura insolvenței, în C.J. nr. 7/2014, p. 421 și urm.

² Legea nr. 85/2014 a fost publicată în M.Of. nr. 466/2014 și a intrat în vigoare la data de 28.06.2014.

³ St.D. Cărpenaru, Gh. Piperea, S. David, Legea Societăților. Comentariu pe articole, ed. a 5-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014.

pentru o mai bună folosire a resurselor, sporirea rentabilității activității și chiar o salvare a societăților aflate în dificultate¹.

Pe lângă caracterul inedit al acestor modalități de reorganizare, ele prezintă în mod real o serie de avantaje care, până la acest moment au fost trecute cu vederea participanții la procedura insolvenței.

§1. Avantajele acestor modalități de reorganizare judiciară

Cel mai important efect pe care îl poate genera o astfel de modalitate de reorganizare este **celeritatea cu care se poate încheia procedura insolvenței**. Vorbim despre ipoteza în care societatea debitoare fuzionează prin absorbție cu o societate *in bonis* sau despre ipoteza constituirii unei noi societăți în cadrul căreia sunt contopite debitoarea și o societate *in bonis*. Același efect poate surveni și în ipoteza unei divizări prin constituirea unor noi societăți.

Fuziunea sau divizarea în aceste ipoteze au ca efect dizolvarea fără lichidare a societăților aflate în insolvență care își încetează existența. Societatea absorbită sau societățile contopite, ca și societatea divizată, se dizolvă, fără ca dizolvarea lor să fie urmată de lichidare. În condițiile art. 238 din Legea nr. 31/1990, ca efect al finalizării acestor modalități de restructurare, va opera o transmitere universală, în cazul fuziunii, respectiv o transmitere cu titlu universal, în cazul divizării societăților ce-și încetează existența către societatea sau societățile beneficiare, către societatea absorbantă, respectiv către societatea care s-a constituit prin contopire².

Este adevărat că societatea absorbantă, societățile beneficiare, respectiv societățile nou create vor prelua datoriile societății aflate în insolvență, însă avantajul reprezentat de închiderea rapidă a procedurii insolvenței este unul evident și demn de a fi avut în mod serios în vedere. Stigmatul insolvenței dispare, societatea continuatoare având

¹ Ibidem.

² F. Reille, La notion de confusion des patrimoines, caise d'extension des procedures collectives, Litec.

posibilitatea să-și deruleze activitatea comercială în mod normal, fiind înlăturate inconvenientele generate de deschiderea procedurii insolvenței. Vor putea fi contractate în mod facil credite noi în vederea finanțării activităților comerciale și creșterii cifrei de afaceri, aspect ce va determina, mult mai ușor, acoperirea datoriilor rezultate din procesul de reorganizare.

Aceste modalități de reorganizare judiciară nu exclud posibilitatea diminuării creanțelor înscrise în tabel [bineînțeles cu acordarea unui tratament corect și echitabil – art. 139 alin. (2) din Codul insolvenței], respectiv vânzarea anumitor active în vederea acoperirii creanțelor, fiind posibilă combinarea acestor variante în cadrul planului de reorganizare [art. 133 alin. (3) din Codul insolvenței].

În ipoteza insolvenței unui grup de societăți, chiar dacă actuala reglementare conține prevederi speciale ce permit coordonarea procedurilor de insolvență în ipoteza în care este vorba despre un grup de societăți, fuziunea debitorilor ce fac parte din același grup ar reprezenta, în mod cert, o soluție viabilă în vederea administrării, mult mai facile, a procedurii insolvenței.

Bineînțeles că aceste avantaje pe care le prezintă divizarea/fuziunea ca modalități de reorganizare sunt subordonate acordului creditorilor care, nu mai este la fel de facil de obținut, fiind introdusă o nouă condiție pentru aprobarea planului în adunarea creditorilor, anume ca cel puțin 30% din masa credală să voteze planul [art. 139 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței].

§2. Propunerea acestor modalități de reorganizare

Fuziunea și divizarea prezintă avantaje atât pentru *acționarii/asociații societății* aflate în insolvență, care își pot salva astfel, dacă nu tot capitalul investit în societate, măcar o parte din acesta, dar și pentru *creditorii* care ar fi interesați în preluarea ostilă a societății, anume în lipsa unui acord al acționarilor/asociaților.

La o primă vedere, administratorul judiciar nu va fi interesat să propună ca modalitate de reorganizare judiciară fuziunea/divizarea debitoarei, întrucât închiderea procedurii s-ar putea finaliza fără nicio distribuire de sume și, implicit, fără posibilitatea acestuia de

a-și încasa onorariile de succes. În vederea evitării unei astfel de situații, *administratorul judiciar* ar putea solicita Adunării creditorilor, în cadrul ședinței de numire/confirmare și de stabilire a onorariului, să-i fixeze și un onorariu de succes și pentru ipoteza în care procedura insolvenței se încheie ca urmare a finalizării cu succes a procedurilor de fuziune/divizare.

§3. Etapele

În ceea ce privește modalitatea de implementare cu succes a unui plan de reorganizare ce își propune ca metodă de reorganizare a debitoare divizarea/fuziunea, am identificat 4 pași: 3.1. Adoptarea unor hotărâri AGA prin care societățile își vor da acordul de principiu cu privire la fuziune/divizare; 3.2. Depunerea planului de divizare/fuziune la ONRC și posibilitatea creditorilor de a formula opoziție; 3.3. Adoptarea unor hotărâri AGA de aprobare a fuziunii/divizării, conform art. 246 din Legea nr. 31/1990; 3.4. Aplicarea prevederilor art. 251 din Legea nr. 31/1990 – nulitatea fuziunii.

3.1. Adoptarea unor hotărâri AGA prin care societățile își vor da acordul de principiu cu privire la fuziune/divizare

Conform art. 239 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 fuziunea sau divizarea se hotărăște de fiecare societate în parte, în condițiile stabilite pentru modificarea actului constitutiv al societății.

În cazul în care **planul este propus de către debitoare**, dat fiind faptul că propunerea planului se realizează în urma adoptării unei hotărâri AGA, conform prevederilor art. 132 alin. (1) lit. a) Codul insolvenței, se pune problema dacă mai este necesară adoptarea unei hotărâri AGEA în vederea respectării condiției impuse de art. 239 alin. (1) din Legea nr. 31/1990. Întrucât hotărârea cerută de prevederile art. 239 din Legea nr. 31/1990 vizează oportunitatea fuziunii/divizării, considerăm că hotărârea despre care face vorbire art. 132 alin. (1) lit. a) va fi suficientă pentru respectarea condiției reglementate de art. 239 din Legea nr. 31/1990, în condițiile în care ea este adoptată în cadrul unei Adunări Extraordinare.

În cazul în care planul este propus de administratorul judiciar sau de către creditor, prevederile art. 133 alin. (6) din Codul insolvenței derogă de la prevederile art. 239 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, stabilind că planul propus, ce va conține fuziunea/divizarea debitoarei nu va necesita acordul statutar al membrilor sau asociaților/acționarilor debitorului. Textul art. 133 alin. (6) din Codul insolvenței nu exclude în mod explicit acordul statutar în privința fuziunii sau divizării însă, prin faptul că permite ca planul propus de creditor sau de administratorul judiciar să poată prevedea modificarea, fără acordul statutar al membrilor sau asociaților/acționarilor debitorului, a actului constitutiv, sunt vizate implicit și aceste modalități de restructurare a societăților.

Administratorii societăților care urmează a participa la fuziune sau la divizare vor întocmi un proiect de fuziune sau de divizare, care va trebui să respecte cerințele art. 241 lit. a)-k) din Legea nr. 31/1990. Indiferent dacă planul este propus de debitor sau de administratorul judiciar/creditor, proiectul de fuziune va trebui să fie inclus în planul de reorganizare.

Dacă planul de reorganizare este propus de debitor, proiectul de fuziune va trebui să poarte semnătura administratorului special și a administratorilor societății/societăților implicate în fuziune/divizare ce nu sunt în insolvență.

Dacă planul este propus de administratorul judiciar sau de către creditor, proiectul de fuziune nu va necesita semnătura administratorului special, fiind suficient acordul administratorilor societății/societăților implicate în fuziune/divizare. Această concluzie se desprinde din interpretarea prevederilor art. 133 alin. (6) Codul insolvenței care permit modificarea actelor constitutive ale debitorului fără acordul statutar al membrilor sau asociaților/acționarilor debitorului.

3.2. Depunerea planului de divizare/fuziune la ONRC și posibilitatea creditorilor de a formula opoziție

Conform art. 242 din Legea nr. 31/1990, proiectul de fuziune sau de divizare, semnat de reprezentanții societăților participante, se depune la oficiul registrului comerțului unde este înmatriculată

fiecare societate. Condiția impusă de prevederile art. 242 din Legea nr. 31/1990 se va aplica însă în acord cu prevederile art. 133 alin. (7) Codul insolvenței, în sensul că înregistrarea mențiunii în registrul comerțului va fi solicitată de administratorul judiciar pe cheltuiuala debitorului, pe baza hotărârii de confirmare a planului de reorganizare, care se va publica în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

Ca regulă generală, conform art. 243 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 creditorii societăților care iau parte la fuziune sau la divizare au dreptul la o protecție adecvată a intereselor lor, având **posibilitatea de a face opoziție**, în termen de 30 de zile de la publicarea proiectului de divizare/fuziune la ONRC.

Cu toate acestea, întrucât procedura insolvenței, respectiv normele ce reglementează procedura reorganizării judiciare, conțin reguli de procedură derogatorii de la dreptul comun, nu toți creditorii vor avea acces la această cale de atac specifică fuziunii/divizării:

(i) **Creditorii debitorului, înscrși în tabelul definitiv**, nu vor putea formula opoziția reglementată de art. 243 din Legea nr. 31/1990. În acest sens sunt prevederile art. 140 alin. (1) teza I conform căreia atunci când sentința care confirmă un plan intră în vigoare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător, creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate fiind modificate astfel cum este prevăzut în plan. În aceste condiții, întrucât planul de reorganizare și, implicit, planul de fuziune/divizare au fost verificate de judecătorul-sindic, acești creditorii vor fi opriți ca efect al confirmării planului de la a mai formula opoziția reglementată de art. 243 din Legea nr. 31/1990. În vederea pronunțării hotărârii de confirmare a planului de reorganizare, judecătorul-sindic verifică planul de reorganizare și implicit dacă tratamentul creditorilor este unul corect și echitabil. Odată confirmat planul, ca efect al autorității de lucru judecat de care beneficiază hotărârea judecătorului-sindic, tratamentul creditorilor înscrși în tabelul definitiv de creanțe este considerat unul corect și echitabil. În aceste condiții creditorii nu mai pot critica proiectul de fuziune, considerând că nu au primit o protecție adecvată intereselor lor (art. 243 din Legea nr. 31/1990);

(ii) **Creditorii curenți ai debitorului**, întrucât nu sunt afectați în niciun mod de sentința de confirmare a planului de reorganizare vor avea posibilitatea (bineînțeles prin îndeplinirea condițiilor impuse de art. 243 din Legea nr. 31/1990) să formuleze opoziție;

(iii) În ceea ce-i privește pe **creditorii societății/societăților terțe de insolvență** ce participă la procedura de divizare/fuziune, aceștia își conservă toate drepturile reglementate de art. 243, aceste drepturi nefiind în niciun mod alterate de prevederile din Codul insolvenței.

În ceea ce privește **competența de judecată a opoziției**, aceasta va aparține instanței de drept comun (secția de litigii cu profesioniști în materia dreptului societar), iar nu judecătorului-sindic.

3.3. Adoptarea unor hotărâri AGA de aprobare a fuziunii/divizării, conform art. 246 din Legea nr. 31/1990

În termen de 3 luni de la data publicării proiectului de fuziune sau de divizare în una dintre modalitățile prevăzute la art. 242 din Legea nr. 31/1990, adunarea generală a fiecărei societăți participante va hotărî asupra fuziunii sau divizării, cu respectarea condițiilor privind convocarea ei.

Imperativul dictat de prevederile art. 246 din Legea nr. 31/1990, și anume necesitatea adoptării unor hotărâri AGA de către societățile ce iau parte la fuziune/divizare se va aplica diferit, în funcție de persoana/persoanele care propun planul.

Dacă **planul este propus de către debitor**, prevederile art. 246 din Legea nr. 31/1990 se vor aplica atât în ceea ce-l privește pe acesta, debitorul fiind nevoit să adopte o hotărâre AGA extraordinară prin care să aprobe fuziunea/divizarea [exceptarea de la necesitatea adoptării unei hotărâri AGA privind modificarea statutului debitoarei operând exclusiv în ipoteza în care planul este propus de creditorii sau de către administratorul judiciar – art. 136 alin. (6) din Codul insolvenței], cât și în ceea ce le privește pe celelalte societăți participante la procedura de fuziune/divizare.

Dacă **planul este propus de administratorul judiciar sau de către creditorii** va fi necesară aprobarea fuziunii/divizării exclusiv

de către societățile terțe procedurii de insolvență, acordul debitoarei fiind suplinat de prevederile art. 136 alin. (6) din Codul insolvenței.

Cu privire la modalitatea de înregistrare la registrul comerțului a modificărilor statutare intervenite ca urmare a fuziunii/divizării, regula generală reglementată de art. 248 din Legea nr. 31/1990 impune fie societăților participante la procedurile de divizare/fuziune să înregistreze modificările statutare, fie societății absorbante cazul în care fuziunea se realizează prin modalitatea absorbției.

Aceste prevederi generale nu se vor aplica însă în ipoteza reorganizării prin fuziune/divizare, Codul insolvenței conținând prevederi derogatorii în această materie prin reglementarea de la art. 133 alin. (7). Astfel, înregistrarea mențiunii în registrul comerțului va fi solicitată de administratorul judiciar pe cheltuiala debitorului, pe baza hotărârii de confirmare a planului de reorganizare, care se va publica în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Bineînțeles că această procedură, deși întemeiată, conform dispozițiilor anterior citate, pe hotărârea de confirmare a planului de reorganizare, se va realiza la momentul la care procedura de divizare/fuziune se va fi finalizat.

3.4. Aplicarea prevederilor art. 251 din Legea nr. 31/1990 – nulitatea fuziunii

Conform prevederilor art. 251 din Legea nr. 31/1990, nulitatea fuziunii/divizării se poate dispune într-un termen de 6 luni de la momentul la care aceste modalități de reorganizare își produc efectele (art. 249 din Legea nr. 31/1990).

Sunt două situațiile în care fuziunea/divizarea poate fi declarată nulă: (i) dacă nu a fost supusă unui control judiciar în conformitate cu prevederile art. 37 din Legea nr. 31/1990; (ii) dacă hotărârea uneia dintre adunările generale care au votat proiectul fuziunii sau al divizării este nulă ori anulabilă.

Prima ipoteză, anume inexistența unui control judiciar, în acord cu prevederile art. 37 din Legea nr. 31/1990, trebuie privită oricum prin prisma modificărilor aduse în materia înregistrării mențiunilor la Registrul Comerțului de O.U.G. nr. 116/2009. Independent însă de acest aspect, primul motiv de nulitate a fuziunii/divizării nu

poate fi invocat dacă vizează o modalitate de reorganizare judiciară deoarece, ca efect al confirmării planului de reorganizare, în temeiul art. 140 Codul insolvenței, judecătorul-sindic a exercitat un control de legalitate asupra planului de reorganizare și implicit și asupra proiectului de fuziune/divizare.

Cea de-a doua ipoteză, anume dacă hotărârea uneia dintre adunările generale care au votat proiectul fuziunii sau al divizării este nulă ori anulabilă, își păstrează incidența inclusiv dacă fuziunea sau divizarea se realizează în cadrul unei proceduri de insolvență.

În ceea ce privește **competența de judecată a nulității fuziunii/divizării**, aceasta va aparține instanței de drept comun (secția de litigii cu profesioniști în materia dreptului societar), iar nu judecătorului-sindic.

Capitolul IV Falimentul

Secțiunea 1. Aspecte introductive

Odată îndeplinite condițiile legale, judecătorul-sindic va decide intrarea debitorului insolvent în faliment. Scopul falimentului și, implicit, al lichidării este subsumat finalității procedurii insolvenței¹, și anume instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului (art. 2 din Codul insolvenței).

Prin trecerea la faliment, debitorul intră în faza definitivă a procedurii insolvenței, toate operațiunile procedurii urmând a fi îndreptate către lichidarea averii debitorului, iar conducerea debitorului trece, invariabil, la lichidator. Ca urmare a trecerii la faliment intervine dizolvarea debitorului persoană juridică².

Procedura falimentului este una dintre modalitățile procedurii insolvenței. Aceasta poate debuta fie de la momentul deschiderii procedurii insolvenței, respectiv după expirarea unei perioade de maxim 20 de zile de la deschiderea procedurii insolvenței, în ipoteza în care este solicitată **deschiderea procedurii simplificate**, fie de la un moment ulterior, prin **procedura generală a falimentului** în ipoteza în care nu este propus un plan de reorganizare, fie acesta nu este confirmat, respectiv nu este respectat.

Textul Codului insolvenței oferă o **definiție** a acestei etape, stabilind că falimentul este procedura de insolvență, concursuală, colectivă și egalitară, care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, urmată de radierea

¹ *St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 409.*

² *Gh. Piperea, Insolvența: Legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 671.*

debitorului din registrul în care este înmatriculat (art. 5 pct. 45 din Codul insolvenței).

Această definiție a scopului procedurii insolvenței (art. 2 din Codul insolvenței), a instituit, indirect, o ierarhie a modalităților procedurii insolvenței, preferând reorganizarea judiciară „atunci când este posibil”, în dauna falimentului. Este normală această abordare, Statul (prin menținerea în viață a unui contribuabil), angajații și familiile acestora (prin menținerea unui loc de muncă), respectiv ceilalți *stakeholderi*¹ fiind direct interesați de salvarea debitorului, falimentul finalizându-se prin radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat, operațiune ce marchează „decesul oficial” al debitorului prin stingerea personalității juridice².

Falimentul are drept funcție generală securizarea activelor debitorului (recuperarea bunurilor aflate în posesia altor persoane, demararea unor acțiuni în anularea actelor frauduloase, recuperarea eventualelor creanțe rămase neachitate de către debitorii debitorului) și distribuirea sumelor rezultate din lichidare către creditori, dar și către asociați/acționari dacă în urma finalizării achitării creanțelor rezultă un surplus³.

§1. Procedura simplificată de faliment

Procedura simplificată vizează acele situații în care debitorul intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 20 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d) din Codul insolvenței. Cade în sarcina administratorului judiciar să facă propunerea judecăto-

¹ Întreprinderea debitorului nu îl interesează numai pe el, ci și pe toți cei care gravitează în jurul acestei întreprinderi, de care depind, într-o măsură oarecare. Gh. Piperea, Penalul ține în loc insolvența, în C.J. nr. 12/2014, p. 667. În același sens, Gh. Piperea, Drept comercial. Întreprinderea, op. cit., p. 17.

² Gh. Piperea, Insolvența: Legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 671.

³ K. Walmsley, Butterworths Company Law Handbook, 14th ed., Butterworths, London, 2000, p. 1251.

rului-sindic de intrare a debitorului în procedura simplificată, prin probarea îndeplinirii condițiilor impuse de textul de lege anterior indicat.

Deschiderea procedurii simplificate față de debitorii ce se încadrează în categoria profesioniștilor, astfel cum este definită de art. 3 C.civ. poate surveni în următoarele ipoteze:

- (i) debitorul nu deține niciun bun în patrimoniul său;
- (ii) actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite;
- (iii) administratorul nu poate fi găsit;
- (iv) sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului;
- (v) debitorul a intrat în dizolvare voluntară, judiciară sau de drept, anterior formulării cererii introductive, chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau, deși numit, mențiunea privitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului;
- (vi) debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment. În vederea declarării intenției de intrare în faliment, debitoarea trebuie să depună, odată cu cererea de chemare în judecată, hotărârea Adunării Generale a Asociaților/Acționarilor prin care s-a adoptat această declarație;
- (vii) dacă debitorul nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrat în registrele speciale de publicitate.

Scopul acestei reglementări speciale, ce exclude *de plano* reorganizarea judiciară a debitorului, este acela de a eficientiza procedura insolvenței, prin crearea unei proceduri simplificate și rapide, aplicabile micilor întreprinzători, societăților fără active, respectiv pentru cele fără evidențe contabile. Declanșarea acestei proceduri speciale, impune îndeplinirea unor condițiile legale care nu reprezintă altceva decât prezumții legale (art. 328 C.proc.civ.) ce atestă imposibilitatea reorganizării judiciare. În acest caz este vorba despre o prezumție absolută, ce nu poate fi răsturnată¹. prevederile Codului insolvenței interzicând *de plano* titularilor planului de reorganizare demararea acestei proceduri, odată deschisă procedura

¹ Al. Rățoi, în *Colectiv*, Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații, op. cit., p. 356-357.

simplificată. Constatarea acestei situații se realizează de către judecătorul-sindic în baza acestor prezumții legale, scopul fiind acela de a nu mai fi urmate toate etapele procedurii insolvenței, pentru a se constata în final ceea ce era evident, și anume că reorganizarea judiciară nu este posibilă. Motivul instituirii acestei proceduri a fost dat de necesitatea evitării blocajului instanțelor specializate în procedurile de insolvență, datorat numărului mare de dosare vizând debitori cărora nu li s-ar fi putut aplica un tratament judiciar corespunzător din cauza cifrei de afaceri reduse sau a activului lor limitat¹.

Accastă modalitate a procedurii insolvenței este constituită în beneficiul creditorilor care nu au de ce să parcurgă etapele propunerii și adoptării planului de reorganizare, ce sunt în mod evident consumatoare de timp, din moment ce șansele de reorganizare ale debitorului sunt inexistente. Prin urmare, este de preferat ca procedura execuțională concursuală, ce are lor în etapa falimentului, să fie demarată cât mai repede cu putință astfel încât creditorii să-și vadă recuperate creanțele cu celeritate.

Închiderea cât mai rapidă a falimentului reprezintă un imperativ al Legii². Lichidarea judiciară reprezintă una dintre cele mai draconice dintre fazele procedurii insolvenței, unicul scop al acestei proceduri fiind acela de a vinde bunurile debitorului (a le lichida), în vederea acoperirii datoriilor³.

Debitorul subiect al procedurii de lichidare rămâne o entitate juridică. Deși dreptul de proprietate asupra bunurilor ce se aflau în patrimoniul debitoarei la momentul deschiderii procedurii de lichidare rămâne al debitorului, acest drept este unul temporar, în beneficiul creditorilor (*on trust*), fiind menținut în vederea satisfacerii

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: Legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 671.

² Ibidem. În același sens sunt și prevederile art. 4 pct. 3 din Codul insolvenței care ridică la rang de principiu derularea procedurilor de insolvență într-un timp util și rezonabil.

³ FL Memo, *Company Law 2011*, FI Memo LTD, London, 2011, p. 895.

creanțelor acestora¹. Prin urmare dreptul de proprietate asupra bunurilor nu mai poate fi considerat unul care conține toate atribuțiile sale, dispoziția, cel mai important atribut, fiind transferat către lichidator, care îl va exercita în condițiile legii².

Ca regulă toate activitățile societății în derularea obiectului de activitate încetează, *business*-ul debitoarei ne mai putând să continue. Contractele în derulare la momentul intrării în faliment nu sunt desființate prin simplul fapt al intrării în această procedură³, lichidatorul fiind îndreptățit să continue anumite părți din afacerea debitorului care ar fi benefice pentru operațiunile de lichidare, bineînțeles cu acordul prealabil al comitetului creditorilor. Astfel, contractele încheiate de debitor nu vor fi desființate în mod automat, odată cu trecerea la faliment, atât debitorul, cât și cocontractanții săi fiind datori să-și respecte aceste obligații⁴.

§2. Falimentul în procedura generală

Procedura falimentului se poate deschide și în alte cazuri decât în urma procedurii simplificate. Aceste cazuri pot fi împărțite în două categorii, în funcție de etapa procesuală în care se află debitorul supus procedurii insolvenței:

(i) *Intrarea în faliment din perioada de observație* intervine în următoarele cazuri: a) persoanele îndreptățite să propună un plan de reorganizare, potrivit prevederilor art. 133 din Codul insolvenței nu fac propunerea în termen de 30 de zile de la momentul definitivării tabelului de creanțe; b) dacă niciun plan nu este confirmat,

¹ FL Memo, Company Law 2011, FL Memo LTD, London, 2011, p. 932. În acest sens sunt citate două spețe: *RE Anglo-Moravian Hungarian Junction Rly Co, ex parte Watkin* (1875) 1 CH D 130; *Ayerst (Inspector of Taxes) v C&K (Construction) LTD* [1975] 2 All ER 537.

² Ch. Lebel, *Limites du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire*, în *La Semaine Juridique* nr. 9/2012, p. 23-25.

³ A. Lienhard, *Incidence de la liquidation judiciaire sur les contrats en cours*, în *Recueil Dalloz* nr. 31/7216, 2005, p. 2147.

⁴ FL Memo, Company Law 2011, FL Memo LTD, London, 2011, p. 933.

fie pentru că nu a fost votat de Adunarea Creditorilor fie, deși votat, nu îndeplinește condițiile de legalitate și viabilitate impuse de lege; c) neachitarea creanțelor curente în termen de 60 de zile de la data luării măsurii de către administratorul judiciar sau a hotărârii instanței de judecată [art. 75 alin. (4) din Codul insolvenței].

(ii) *Intrarea în faliment din perioada de reorganizare* intervine în următoarele cazuri: a) eșuarea planului de reorganizare, anume neîndeplinirea obligațiilor asumate prin programul de plăți; b) neachitarea creanțelor curente în termen de 60 de zile de la data luării măsurii de către administratorul judiciar sau a hotărârii instanței de judecată [art. 75 alin. (4) din Codul insolvenței]; c) desfășurarea de către debitor a unor activități ce aduc pierderi sau se acumulează noi datorii.

Secțiunea a 2-a. Reconfigurarea masei credale

§1. Aspecte introductive

Odată cu intrarea în procedura generală a falimentului masa credală suferă o reconfigurare, existând posibilitatea ca între data deschiderii procedurii și momentul trecerii la faliment să apară noi datorii ale debitorului. În egală măsură, dacă este vorba despre intrarea în faliment pe parcursul reorganizării judiciare, reconfigurarea masei credale va putea opera și ca urmare a aplicării prevederilor art. 140 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței. Astfel, în ipoteza în care prin planul de reorganizare au loc modificări ale drepturilor creditorilor (diminuări de creanțe), se va reveni la **situația stabilită prin tabelul definitiv** al tuturor creanțelor împotriva debitorului prevăzut la art. 112 alin. (1) din Codul insolvenței, scăzându-se sumele achitate în timpul planului de reorganizare. Revenirea la situația stabilită prin tabelul definitiv vizează atât cuantumul creanțelor, cât și drepturile de preferință, în ipoteza în care acestea au suferit modificări/transformări prin planul de reorganizare.

Creanțele ce fac obiectul procedurii de faliment sunt, în general, determinate la momentul deschiderii procedurii insolvenței, fiind înscrise în tabelul definitiv de creanțe. De la această regulă sunt și excepții, anume acele datorii care nu sunt încă scadente fiind afectate fie de un termen suspensiv, fie de o condiție suspensivă¹. Un alt efect al intrării în faliment, ce prezintă relevanță în privința reconfigurării masei credale, este reprezentat de **scadența anticipată a creanțelor ajunse la termen**. În acest sens sunt atât prevederile speciale ale Codului insolvenței – art. 150 – cât și cele generale din Codul civil – art. 1417. Este drept că norma generală are dispoziții contradictorii Codului insolvenței, vorbind de faptul că debitorul decade din beneficiul termenului dacă se află în stare de insolvabilitate sau, după caz, de insolvență declarată în condițiile legii. Codul insolvenței însă nu permite ca decăderea din beneficiul termenului să opereze de la data deschiderii procedurii insolvenței, ci exclusiv de la momentul intrării în faliment².

Pentru reconfigurarea masei credale, lichidatorul trebuie să urmeze o procedură anume prevăzută de lege, similară procedurii de verificare a creanțelor din perioada de observație³. În urma acestei reconfigurări, se întocmește un **tabel suplimentar**, pe baza căruia se va ajunge la tabelul definitiv consolidat, sau doar la tabelul definitiv, în procedură simplificată.

Tabelul suplimentar cuprinde toate creanțele născute după data deschiderii procedurii generale și până la data începerii procedurii falimentului, acceptate de către lichidatorul judiciar în urma verificării acestora. În tabel vor fi menționate atât suma solicitată de către creditor, cât și suma acceptată și rangul de preferință.

Astfel, **creanțele curente** născute până la momentul intrării în procedura falimentului pierd beneficiul de a fi achitate cu prio-

¹ FL Memo, Company Law 2011, FL Memo LTD, London, 2011, p. 975.

² M. Sărăcuț, *Fl.I. Moșu*, în *R. Bușan (coord.)*, op. cit., p. 692. Potrivit art. 341 din Codul insolvenței, decăderile reglementate în legislația generală sau cea specială în ceea ce-l privește pe debitor, pentru cazul deschiderii procedurii insolvenței, vor opera doar de la data deschiderii falimentului.

³ Gh. Piperea, *Insolvența: Legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 672.

ritate, fiind trecute în tabelul suplimentar, titularii acestor creanțe, foste curente, dobândind astfel calitatea de creditori îndreptățiți să participe la procedura insolvenței (art. 5 pct. 19 din Codul insolvenței).

Tratamentul creditorilor rămâne și în faliment unul diferit, în funcție de gradul în care creanțele lor beneficiază sau nu de drepturi de preferință¹.

§2. Întocmirea tabelului suplimentar al creanțelor

Dacă falimentul s-a dispus odată cu deschiderea procedurii, stabilirea masei credale urmează aceleași proceduri prevăzute de lege pentru procedura generală, cu excepția faptului că operațiunea se efectuează nu în cursul perioadei de observație, ci în cursul procedurii de faliment și a faptului că termenele de notificare, verificare și contestare sunt reduse la jumătate față de procedura generală [art. 100 alin. (1) lit. c) reglementează un termen de 10 zile în loc de 20 de zile pentru verificarea creanțelor]. În procedura simplificată se întocmesc tabelul preliminar și tabelul definitiv al creanțelor².

Tabelul suplimentar va fi întocmit de către lichidatorul judiciar, de o manieră similară cu modalitatea în care este întocmit tabelul preliminar. Prevederile art. 145 alin (4) din Codul insolvenței fac trimitere în mod direct la dispozițiile art. 99-114 din Codul insolvenței, anume la sediul materiei tabelului preliminar.

Astfel, pentru creanțele născute între momentul deschiderii procedurii insolvenței și momentul intrării în faliment, urmare a verificărilor efectuate de lichidatorul judiciar, pornind de la cererile formulate de creditori, va fi întocmit și înregistrat la tribunal, respectiv publicat în BPI, un tabel care va cuprinde toate aceste

¹ FL Memo, Company Law 2011, FL Memo LTD, London, 2011, p. 968.

² Gh. Piperea, Insolvența: Legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 683.

creanțe¹. Nu este necesară depunerea unor declarații de creanță pentru acele creanțe ce sunt deja înscrise în tabelul definitiv. Creditorii anteriori deschiderii procedurii insolvenței nu vor putea formula declarații de creanță în vederea înscrierii în tabelul suplimentar întrucât în acest act de procedură pot figura doar creditorii ulterior momentului deschiderii procedurii.

În ipoteza în care anterior înscrierii creanței în tabelul suplimentar creditorul a obținut o **plată de la un codebitor, respectiv de la fideiutor**, în tabel va fi înscrisă exclusiv partea de creanță neachitată. Concomitent însă, fideiutorul poate fi înscris în tabelul debitorului în vederea recuperării sumei achitate.

Creanțele înscrise în tabelul suplimentar vor fi creanțe privilegiate, în sensul prevederilor art. 161 pct. 2 și 4 din Codul insolvenței. Astfel, **creanțele provenind din finanțări** acordate potrivit art. 87 alin. (4) din Codul insolvenței vor fi pe treapta a doua de distribuție, imediat după taxele, timbrele și restul cheltuielilor de procedură. Creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii, respectiv creanțele rezultate din admiterea acțiunii în anularea actelor frauduloase (în ipoteza cocontractanților de bună-credință) vor fi pe treapta patru la distribuție, imediat după salariați.

Secțiunea a 3-a. Lichidarea

Pentru creditorii, cărora le este dedicată prezenta lucrare, una dintre cele mai importante etape ale falimentului este lichidarea activelor debitorului, operațiune premergătoare distribuirii și implicit încasării creanțelor.

¹ M. Sărăcuț, *Fl.I. Moșu*, în *R. Bușan* (coord.), op. cit., p. 694.

§1. Evaluarea

Potrivit prevederilor art. 154 alin (2) din Codul insolvenței, lichidarea va începe îndată după finalizarea de către lichidatorul judiciar a inventarierii și depunerea raportului de evaluare. Raportul de evaluare se va întocmi în condițiile reglementate de art. 61-62 din Codul insolvenței. Astfel, în vederea evaluării bunurilor din averea debitorului, cu acordul comitetului creditorilor, lichidatorul judiciar poate să angajeze, în numele debitorului, un evaluator și să îi stabilească onorariul. Evaluatorii trebuie să fie membri ai Asociației Naționale a Evaluatorilor din România, iar evaluarea trebuie efectuată în conformitate cu standardele internaționale de evaluare.

Art. 154 alin. (3) din Codul insolvenței stabilește că bunurile din averea debitorului vor fi evaluate atât în bloc, cât și individual. Evaluarea în bloc are în vedere fie evaluarea totalității bunurilor din averea debitorului, fie evaluarea subansamblurilor funcționale. Raportul de evaluare va fi depus la dosarul cauzei, iar un anunț cu privire la depunerea acestuia și un extras cuprinzând o sinteză a sa se vor publica în BPI. Creditorii vor putea consulta raportul de evaluare în locația indicată prin anunț de către lichidatorul judiciar (art. 156 din Codul insolvenței).

§2. Întocmirea și aprobarea regulamentului de vânzare

Tipul de vânzare a bunurilor, respectiv licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două și regulamentul de vânzare corespunzător modalității de vânzare pentru care se optează sunt aprobate de adunarea creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului judiciar. În cazul licitației publice, publicitatea se va face și prin afișare pe site-ul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România.

§3. Modalitățile de valorificare a bunurilor din averea debitorului

Lichidatorul judiciar va convoca adunarea creditorilor în termen de maximum 15 zile de la data depunerii raportului de evaluare la dosarul cauzei, în vederea stabilirii tipului de vânzare.

Prin noțiunea de bun trebuie înțeles orice drept patrimonial pe care îl deține debitorul. **Noțiunea de bun** nu se rezumă la proprietatea asupra unor bunuri corporale mobile sau imobile, extinzându-se și la alte drepturi și interese care au o valoare economică¹. Astfel, vor intra în noțiunea de bunuri ce sunt supuse lichidării și clientela², licențele pentru exercitarea unei activități comerciale³, drepturile de proprietate intelectuală⁴, creanțele⁵ etc.

Vânzarea, fie ea prin negociere directă sau prin licitație publică se poate realiza și cu plata prețului în rate, textele legale din Codul insolvenței neavând prevederi potrivnice în legătură cu această modalitate de achitare a prețului⁶.

3.1. Valorificarea prin negociere directă

În cazul vânzării prin negociere directă, lichidatorul judiciar va supune aprobării adunării creditorilor și regulamentul de vânzare.

Adunarea creditorilor este liberă să decidă dacă acceptă sau nu o anumită ofertă de cumpărare formulată de o persoană interesată, lichidatorul fiind obligat să se conformeze hotărârii adunării gene-

¹ Dicționar de Drepturile Omului, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 103; C. Bîrsan, Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, ed. a 2-a, București, 2010, comentariu la art. 1 Protocolul 1 (www.legalis.ro); R. Chiriță, Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 687.

² CEDO, *Lederer c. Germaniei*.

³ CEDO, *Bonded Warehouses Ltd c. Poloniei*.

⁴ CEDO, *Melnitchouk c. Ucrainei*.

⁵ CEDO, *Ian Edgar c. Regatului Unit*.

⁶ C. Mușat, Aspecte privind vânzarea bunurilor debitorului în cadrul procedurii insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2006. Particularități ale vânzării cu plata prețului în rate, în R.D.B.F. nr. 1/2007, p. 31.

rale a creditorilor, chiar dacă decizia respectivă poate fi una neeconomicoasă, poate chiar păguboasă, hotărârea creditorilor neputând fi censurată de instanță, fiind una de oportunitate [art. 48 alin. (7) din Codul insolvenței stabilește că hotărârea adunării creditorilor poate fi desființată de judecătorul-sindic numai pentru motive de nelegalitate]¹.

Lichidatorul va convoca adunarea generală a creditorilor, notificând propunerea de vânzare creditorilor cu garanții reale asupra bunului, titularilor unor drepturi de retenție de orice fel și comitetului creditorilor, supunând votului adunării generale propunerea de vânzare. Ulterior aprobării de către adunarea generală a creditorilor, vânzarea va putea fi făcută în condițiile stabilite în regulamentul de vânzare.

3.2. Valorificarea prin licitație publică

În cazul vânzării bunurilor prin licitație publică, aceasta se va putea efectua și potrivit Codului de procedură civilă. În cazul în care adunarea creditorilor nu aprobă un regulament de vânzare, potrivit art. 154 alin. (2), sau în ipoteza în care, deși a fost aprobat un regulament de vânzare, bunurile nu au fost valorificate într-un termen rezonabil, la cererea lichidatorului judiciar, aprobată de judecătorul-sindic, vânzarea bunurilor se va efectua prin licitație publică, potrivit Codului de procedură civilă [art. 156 alin. (2) Codul insolvenței].

Apelarea la procedura de licitație publică prevăzută de Codul de procedură civilă reprezintă o situație de excepție în lipsa acordului creditorilor. Odată pornită această procedură, bunul poate ajunge să fie vândut la cea mai mare valoare oferită de cei care participă la licitație, indiferent de valoarea de evaluare².

¹ C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 712/12.04.2011, în B.C.A. nr. 10/2011, p. 20.

² Art. 768 C.civ. pentru bunurile mobile, respectiv art. 845 C.proc.civ. pentru bunurile imobile.

3.3. Valorificarea în bloc

Orice vânzare în bloc a bunurilor, ca subansamblu funcțional, indiferent dacă se face în reorganizare sau în faliment, poate fi considerată transfer de active, dacă îndeplinește dispozițiile art. 128 alin. (7) din Legea nr. 571/2003.

3.4. Valorificarea valorilor mobiliare

Valorile mobiliare vor fi vândute în condițiile Legii nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare.

3.5. Adjudecarea în contul creanței

Lichidarea se poate realiza prin vânzarea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului, separat ori în bloc, libere de orice sarcini, sau prin darea în plată a acestora către creditorii debitorului, în contul creanțelor pe care aceștia le au față de averea debitorului. Darea în plată a bunurilor debitorului către creditorii săi va putea fi efectuată doar cu condiția prealabilă a acordului scris al acestora. Reglementarea, deși se regăsește în materia planului de reorganizare [art. 133 alin. (5) din Codul insolvenței], se va aplica și în etapa lichidării. Dispozițiile art. 154 și urm. din Legea nr. 85/2006 nu interzic preluarea bunului în contul creanței deținute în contra debitorului, impunându-se doar clarificarea suportării cheltuielilor de procedură¹.

Dacă este vorba despre adjudecarea în contul creanței de către creditorul care deține un drept de preferință asupra bunului supus lichidării, iar prețul la care este adjudecat este mai mic sau egal cu creanța deținută de creditorul adjudecatar, acesta va fi dator să achite doar cheltuielile de procedură aferente bunului astfel lichidat. Dacă însă prețul de vânzare depășește valoarea creanței deținute de creditorul garantat adjudecatar, pe lângă cheltuielile de

¹ C.A. Pitești, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 205/27.02.2009, în B.C.A. nr. 2/2009, p. 29-30.

procedură, adjudecatarul va fi dator să achite și diferența dintre prețul vânzării și creanța deținută împotriva debitorului.

În cazul în care creditorul adjudecatar nu are niciun drept de preferință asupra bunului supus procedurii de lichidare, el va fi dator să achite întregul preț, mai puțin partea ce i-ar fi revenit cu titlu de distribuire. Lichidatorul trebuie să facă o analiză atentă asupra acestui aspect și să verifice, anterior întocmirii documentele aferente adjudecării, care este suma ce i s-ar cuveni creditorului adjudecatar. În ipoteza în care creditorul adjudecatar nu ar fi fost îndreptățit la nicio distribuire de preț, adjudecarea în contul creanței, chiar și parțial, nu va fi posibilă.

§4. Contestația împotriva modalității de valorificare a bunurilor debitorului

Contestația împotriva modalității de lichidare a bunului se poate realiza pe două planuri. Creditorii nemulțumiți de regulamentul de vânzare adoptat de adunarea creditorilor vor putea ataca **hotărârea Adunării Creditorilor**, însă exclusiv dacă sunt invocate aspecte ce țin de nelegalitatea hotărârii, cele vizând oportunitatea deciziei adoptate neavând cum să fie cenzurate de către judecătorul-sindic. Terții interesați de valorificarea bunurilor debitorului nu au acces la această cale de atac, lipsindu-le calitatea procesual-activă – potrivit art. 48 alin. (7) din Codul insolvenței, pot ataca Adunarea Creditorilor doar creditorii care au votat împotriva și administratorul/lichidatorul judiciar.

Pe de altă parte, modalitatea de lichidare a activelor debitorului mai poate fi atacată, de data aceasta de orice persoană interesată, în temeiul prevederilor art. 59 alin. (5) din Codul insolvenței – contestația la măsura lichidatorului. Trebuie menționat faptul că această contestație nu va putea fi îndreptată asupra aspectelor decise în cadrul Adunării Creditorilor, criticile putând fi îndreptate exclusiv în privința modalității efective de lichidare. Astfel se va putea critica nerespectarea celor cuprinse în regulamentul de vânzare, respectiv în modalitatea de întocmire a actelor aferente procedurii de vânzare etc.

Secțiunea a 4-a. Distribuirea sumelor

Prin termenul de *distribuire* trebuie înțeleasă operațiunea de împărțire a sumelor cuvenite creditorilor, în cazul falimentului¹. Pentru creditori aceasta este cea mai importantă etapă din cadrul falimentului. Codul insolvenței a rezervat două ample articole pentru această etapă, art. 159 și art. 161. Textele din Codul de procedură civilă, respectiv din Codul de procedură fiscală² ce reprezintă norme generale în materie de executare silită nu își vor găsi aplicabilitatea în cadrul procedurii insolvenței, Legea nr. 85/2014 reglementând un alt set de reguli (*lex specialis*).

Odată cu deschiderea falimentului și ulterior îndeplinirii tuturor formalităților impuse în sarcina lichidatorului, acesta trebuie să demareze procedurile de lichidare și, implicit, de distribuire a sumelor astfel obținute. Ca moment, din conținutul art. 160 din Codul insolvenței se desprinde ideea că aceste distribuiri se pot realiza la fiecare trei luni calculate de la data începerii lichidării.

¹ R. Bufan, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 740. Autorul merge mai departe, argumentând că în privința reorganizării, legiuitorul face referire la programul de plată a creanțelor [art. 133 alin. (2) din Codul insolvenței]. În aceste condiții, plățile efectuate în perioada de reorganizare nu vor putea fi catalogate drept distribuiri, în sensul prevederilor art. 159 și urm. din Codul insolvenței. Nu suntem de acord cu această concluzie, dovadă stând textul art. 133 alin. (5) lit. F din Codul insolvenței care stabilește că în materie de reorganizare, dacă unul dintre bunurile debitorului este lichidat, sumele de bani astfel obținute vor fi *distribuite* obligatoriu titularilor drepturilor de preferință. Iată deci că legiuitorul nu a dorit să marcheze o diferență de ordin terminologic în materie de achitare a creanțelor.

² Dispozițiile art. 115 alin. (3) C.proc.fisc. ce se referă explicit la ordinea de stingere a obligațiilor fiscale pentru societățile aflate în procedura insolvenței și nu la distribuirea de sume în cadrul acestei proceduri care se realizează în condițiile art. 121 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, ce constituie legea specială în materie de insolvență, aplicabilă cu prioritate față de dispozițiile Codului de procedură fiscală. C.A. Pitești, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 989/24.10.2008, în B.C.A. nr. 1/2009, p. 17.

§1. Ordinea de distribuire

În funcție de ipoteza dacă fondurile obținute sunt sau nu provenite din vânzarea bunurilor și drepturilor din averea debitorului, grevate, în favoarea unuia sau mai multor creditori, de cauze de preferință, regulile vor fi diferite. Constantă va rămâne însă prima categorie ce se îndeplinează din fondurile obținute – cheltuielile de procedură.

1.1. Cheltuieli aferente procedurii

În această categorie intră, taxele, timbrele inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, pentru continuarea activității, precum și pentru plata remunerațiilor persoanelor angajate potrivit prevederilor art. 57 alin. (2), art. 61, art. 63 și art. 73 din Codul insolvenței, sub rezerva celor prevăzute la art. 140 alin. (6) din Codul insolvenței.

Dacă este vorba despre distribuirea unor sume generate de vânzarea unui bun asupra căruia unul sau mai mulți creditori aveau cauze de preferință, vor fi achitate cu prioritate exclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri¹, precum și cheltuielile avansate de creditor în cadrul procedurii de executare silită, creanțele furnizorilor de utilități născute ulterior deschiderii procedurii, în condițiile art. 77, remunerațiile datorate la data distribuirii persoanelor angajate în interesul comun al tuturor creditorilor, în condițiile art. 57 alin. (2), art. 61 și art. 63, care se vor suporta pro rata, în raport cu valoarea tuturor bunurilor din averea debitorului.

¹ Vor fi plătite, anterior creanței beneficiare de un drept de preferință, exclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea bunurilor vândute și din a căror contravaloare urmează a se face distribuția. Faptul că există și alte bunuri asupra cărora contestatoarea are constituite garanții, bunuri care au generat la rândul lor cheltuieli legate de conservarea lor, nu poate justifica extinderea textului legal, cu consecința deducerii din prețul bunului vândut a tuturor cheltuielilor de procedură – Tribunalul Constanța, sentința civilă nr. 420/COM/2009, irevocabilă, nepublicată.

Taxele și cheltuielile avute în vedere de pct. 1 sunt cele impuse de procedură, pentru derularea acesteia ori pentru a face posibilă realizarea ei. Astfel, TVA nu este o taxă aferentă procedurii în sine, ci un impozit asupra vânzării. Această taxă nu se plătește pentru a se putea derula procedura insolvenței, ci pentru că este o obligație impusă de legea fiscală pentru livrarea de bunuri/prestarea de servicii. Obiectul ei nu este deci procedura insolvenței, pentru a se considera că este o taxă impusă de procedură, o cheltuială cu procedura neavând cum să fie inclusă în planul de distribuție¹. Aceeași este situația și cu taxele și impozitele locale².

1.2. Creanțele creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință

Sunt considerate astfel de creanțe doar cele care sunt garantate printr-o cauză de preferință ce poartă asupra bunului lichidat, de pe urma căruia au fost obținute sumele supuse distribuirii. În ipoteza în care bunul lichidat nu a fost afectat de o cauză de preferință, clasa creditorilor garantați nu va fi preferată la distribuire.

Primele care vor veni la distribuire vor fi creanțele creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință născute în timpul procedurii de insolvență, în care vor fi cuprinse capitalul, dobânzile, precum și alte accesorii dacă este cazul. În lipsa acestei categorii de creanțe, respectiv dacă această categorie este acoperită, vor veni la distribuire creanțele creditorilor anteriori deschiderii procedurii, beneficiari ai unei cauze de preferință.

În ipoteza în care bunul care face obiectul garanției nu se mai găsește în patrimoniul debitorului și nici nu poate fi readus la masa credală prin mecanismul pus la îndemână de prevederile art. 117 din Codul insolvenței, atunci suma de bani corespunzătoare

¹ C.A. Pitești, Secția a II-a civilă, decizia nr. 1988/26.09.2012, în B.C.A. nr. 12/2012, p. 36.

² C.A. Pitești, Secția a II-a civilă, decizia nr. 181/25.01.2012, în B.C.A. nr. 5/2012, p. 29-30.

creanței garantate și care înlocuiește valoarea bunului ipotecat va reveni creditorului ipotecar¹.

În cazul în care sumele realizate din vânzarea bunurilor grevate sunt insuficiente pentru plata creanței garantate, creditorul va avea pentru diferență o creanță chirografară, care vine în concurs cu celelalte creanțe din această categorie, potrivit naturii lor².

1.3. Creanțele provenind din finanțări acordate după deschiderea procedurii

Finanțările acordate debitorului în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, cu aprobarea adunării creditorilor, beneficiază de prioritate la restituire, potrivit prevederilor art. 161 pct. 2 din Codul insolvenței. Ca regulă, aceste finanțări beneficiază de pacte de preferință și participă la distribuire în calitate de creditori garantați, potrivit prevederilor art. 159 alin. (1) pct. b) din Codul insolvenței. În cazul inexistenței sau al insuficienței bunurilor care să fie grevate de cauze de preferință în favoarea creditorilor ce acordă finanțare în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, pentru partea negarantată a creanței, aceștia vor beneficia de prioritate potrivit prevederilor art. 161 pct. 2.

1.4. Creanțele izvorâte din raporturi de muncă

Accastă categorie de creanțe a fost analizată în cadrul capitolului Reorganizare judiciară³.

¹ În sens contrar, a se vedea *D.D. Moșiu*, Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 573.

² Trib. Brașov, Secția comercială, sentința nr. 783/31.10.2007, în Insolvența 2 – În cadrul procedurii insolvenței existența cauzei de preferință trebuie să presupună și existența bunului grevat în patrimoniul debitorului, iar valoarea acestuia de lichidare trebuie să fie de natură să acopere această creanță, în caz contrar pentru diferență creanța devenind una chirografară.

³ A se vedea *supra*, p. 163.

1.5. Creanțele rezultând din continuarea activității debitorului, respectiv creanțele datorate terților dobânditori sau subdobânditori rezultate din admiterea acțiunii în anularea actelor frauduloase

Creanțele rezultate din continuarea activității debitorului sunt, în fapt, creanțele curente, în sensul prevederilor art. 5 pct. 21 din Codul insolvenței. Pe lângă această categorie de creanțe, la ordinea 5 de prioritate vor veni și creanțele datorate cocontractanților cu titlu de despăgubiri, generate de punerea de către administratorul judiciar a mecanismului reglementat de art. 123 din Codul insolvenței. În vechea reglementare, această categorie de creanțe nu avea prioritate la distribuire. Nu în ultimul rând, vor veni pe a cincea treaptă de preferință și creanțele rezultate din admiterea acțiunilor în anularea actelor frauduloase, deținute de terții dobânditori, respectiv de subdobânditori de bună-credință. În ipoteza în care toate aceste subcategorii sunt prezente în această categorie de creditori, sumele vor fi distribuite procentual, în funcție de valoarea creanțelor.

1.6. Creanțele bugetare

Această categorie de creanțe a fost analizată în cadrul capitolului Reorganizare judiciară¹.

1.7. Creanțele reprezentând sumele datorate de către debitor unor terți, în baza unor obligații de întreținere, alocații pentru minori sau de plată a unor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență

Această categorie de creanțe este inexistentă în practică. Ea a fost preluată în mod automat din legislația privind executarea silită [art. 865 alin. (1) lit. d) C.proc.civ.].

¹ A se vedea *supra*, p. 164.

1.8. Creanțele reprezentând sumele stabilite de judecătorul-sindic pentru întreținerea debitorului și a familiei sale, dacă acesta este persoană fizică

Această categorie de creanțe este specifică procedurilor de insolvență demarate împotriva debitorilor persoane fizice. În prezentul studiu nu ne-am propus analiza acestei categorii de debitori

1.9. Creanțele reprezentând credite bancare, cu cheltuielile și dobânzile aferente, cele rezultate din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, din chirii, creanțele corespunzătoare art. 123 alin. (11) lit. b), inclusiv obligațiunile

Această categorie de creanțe are la rândul ei un corespondent în legislația privind executarea silită [art. 865 alin. (1) lit. d) C.proc.civ.].

1.10. Alte creanțe chirografare

Un creditor beneficiar al unei cauze de preferință este îndreptățit să participe la orice distribuie ce se realizează anterior momentului vânzării bunului grevat de o cauză de preferință în favoarea sa, în calitate de creditor chirografar. Sumele astfel primite vor fi scăzute din cele pe care creditorul ar fi îndreptățit să le primească ulterior, ca urmare a distribuirii prețului în casat din vânzarea bunului grevat de o cauză de preferință [art. 159 alin. (3) din Codul insolvenței].

1.11. Creanțele subordonate

Această categorie de creanțe cuprinde alte două subcategorii de creanțe care vor veni la distribuie în următoarea ordine de preferință: a) creanțele născute în patrimoniul terților dobânditori de rea-credință ai bunurilor debitorului în temeiul art. 120 alin. (2), cele cuvenite subdobânditorilor de rea-credință în condițiile art. 121

alin. (1), precum și creditele acordate persoanei juridice debitoare de către un asociat sau acționar deținând cel puțin 10% din capitalul social, respectiv din drepturile de vot în adunarea generală a asociațiilor ori, după caz, de către un membru al grupului de interes economic; b) creanțele izvorând din acte cu titlu gratuit.

Ordinea de distribuție a sumelor obținute în cadrul lichidării nu este una imperativă, de la care părțile să nu poată deroga. În ipoteza existenței unui acord între toți creditorii interesați, cu privire la modificarea ordinii de distribuție, cu respectarea prevederilor art. 1270 C.civ. (contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante)¹.

§2. Contestația la planul de distribuție

Planul de distribuție este o măsură a lichidatorului ce poate fi contestată atât pentru motive ce țin de forma acestui act, cât și pentru motive legate de nerespectarea ordinii de distribuție². Această cale de atac este una ce derogă de la regimul juridic al contestației la măsura lichidatorului reglementată de art. 59 alin. (5)-(7) din Codul insolvenței.

Textul art. 160 din Codul insolvenței reglementează conținutul pe care trebuie să îl aibă planul de distribuție, fără însă a indica sancțiunea pentru nerespectarea sa. Astfel, planul de distribuție trebuie să cuprindă în mod obligatoriu următoarele date referitoare la fiecare creditor pentru care se face distribuirea: a) actualizările aduse tabelului definitiv de creanțe; b) sumele distribuite deja; c) sumele rămase după ajustarea tabelului definitiv și distribuiri

¹ A. Weisman, Posibilitatea schimbării ordinii de distribuție a creanțelor în cadrul procedurii insolvenței, prin convenția creditorilor, în C.J. nr. 1/2010, p. 17.

² Contestația la planul de distribuție nu poate viza onorariul de succes încasat de administratorul judiciar în ipoteza în care sunt respectate hotărârile adoptate de Adunare Creditorilor cu privire la cuantumul acestui onorariu – C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 480/2008, cu notă S. Angheni, în C.J. nr. 1/2009, p. 13-15.

efectuate deja; d) sumele ce fac obiectul distribuirii; e) sume rămase de plată după efectuarea distribuirii.

Textul de lege nu indică sancțiunea aplicabilă pentru nerespectarea prevederilor art. 160 alin. (3) din Codul insolvenței, ceea ce înseamnă că suntem în fața unei nulități virtuale. Potrivit art. 175 C.proc.civ., actul de procedură este lovit de nulitate dacă prin nerespectarea cerinței legale s-a adus părții o vătămare care nu poate fi înlăturată decât prin desființarea acestuia. Astfel, persoana interesată să determine anularea planului de distribuție, ce-și întemeiază cererea pe nerespectarea prevederilor art. 160 alin. (3) din Codul insolvenței, trebuie să dovedească și existența unei vătămări în legătură cu motivul invocat¹. Simpla invocare a unei astfel de neregularități nu va fi aptă să determine anularea planului de distribuție.

Printre titularii dreptului de a contesta planul de distribuție se numără comitetul creditorilor și orice alt creditor participant la procedura insolvenței, cu condiția justificării unui interes². Comitetul creditorilor poate exercita acțiunea prin președintele său, dar cu existența prealabilă a unei hotărâri a acestui organ al procedurii, în sensul contestării planului de distribuție. Considerăm că este superfluă reglementarea ce permite și Comitetului creditorilor formularea contestației la planul de distribuție, din moment ce orice creditor poate exercita această cale de atac.

Termenul de exercitare a contestației la plan, respectiv la raportul asupra lichidării este de 15 zile de la publicarea acestora în BPI. Procedura instituită de art. 200 C.proc.civ. este aplicabilă pentru acest tip de acțiune, judecătorul-sindic fiind dator să verifice

¹ I. Leș, Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 284.

² Dacă potrivit tabelului definitiv al creditorilor, singura beneficiară a sumelor obținute din valorificarea bunurilor debitoare este o altă creditor decât contestatoarea, astfel încât, chiar și în situația în care contestația ar fi admisă, sumele distribuite ar reveni celeilalte creditoare, rezultă că instituția bugetară contestatoare nu justifică un interes pentru formularea contestației la planul de distribuție (Trib. București, Secția a VII-a comercială, sentința nr. 7191/2010, în E. Roșu, Procedura insolvenței. Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 305).

cererea. Textul art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței exclude de la aplicare art. 200 C.proc.civ. doar în privința cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

Pe parcursul curgerii termenului de contestare a planului de distribuție, este suspendată posibilitatea distribuirii lor. În ipoteza în care planul de distribuție nu este contestat, în termen de 5 zile lucrătoare de la expirarea termenului de formulare a contestațiilor, lichidatorul judiciar trebuie să procedeze la plata efectivă a sumelor distribuite. În cazul în care s-au depus contestații, lichidatorul judiciar va reține de la distribuire sumele supuse contestației. În termen de 5 zile lucrătoare de la data când hotărârea de soluționare a contestațiilor devine executorie, lichidatorul judiciar procedează la plata efectivă a sumelor distribuite, conform hotărârii instanțelor de judecată. Cu toate acestea, persoana interesată poate face uz de procedura suspendării efectelor executorii ale hotărârilor judecătorești-sindic, în temeiul art. 43 alin. (5) lit. d) din Codul insolvenței.

În termen de 20 de zile de la publicarea întâmpinărilor în BPI, respectiv de la expirarea termenului pentru depunerea întâmpinărilor, judecătorul-sindic fixează termenul de judecată. Sunt citați lichidatorul judiciar, debitorul și creditorii contestatari, respectiv cei cărora le sunt destinate sumele de bani, potrivit planului de distribuție.

Secțiunea a 5-a. Obiecțiunile la raportul privind închiderea procedurii și atacarea hotărârii de închidere a procedurii

La momentul finalizării procedurilor de lichidare a tuturor bunurilor din averea debitorului, lichidatorul judiciar va supune judecătorului-sindic un raport final al lichidării însoțit de situațiile financiare.

Prin grija lichidatorului judiciar raportul va fi comunicat tuturor participanților la procedură prin publicarea sa în BPI, în vederea exercitării dreptului de a formula obiecțiuni.

Pentru a supune la vot aprobarea raportului final, adunarea creditorilor este convocată în termen de cel mult 30 de zile de la momentul publicării raportului în BPI, creditorii având dreptul să formuleze obiecțiuni cu cel puțin 5 zile înainte de data convocării. Criticile ulterioare formulate împotriva raportului final și a bilanțului general, aprobate printr-o hotărâre definitivă, nu mai pot fi primite în etapa închiderii¹ procedurii față de debitoare². Convocarea adunării creditorilor se dispune, potrivit prevederilor art. 167 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței, de către judecătorul-sindic³.

Calitate procesual-activă pentru contestarea raportului final o au doar creditorii participanți la procedură și înscriși în tabelul de creanțe. Alte persoane, chiar participante la procedura insolvenței, administratorul special, fostul administrator statutar⁴, asociații/acționarii nu vor putea formula obiecțiuni.

Codul insolvenței nu a identificat **aspectele ce pot fi criticate pe calea obiecțiunilor** la raportul final. Motivele sunt analizate de la caz la caz de către judecătorul-sindic, însă ele trebuie să vizeze

¹ St.D. Cârpenaru, Procedura reorganizării și lichidării judiciare, Ed. Atlas Lex, București, 1996, p. 163.

² C.A. Craiova, decizia nr. 85/31.01.2007, în Insolvența 3.

³ C.A. Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2700/11.09.2013, în B.C.A. nr. 12/2013, p. 23 – După depunerea raportului final însoțit de situațiile financiare finale ale căror copii sunt înaintate creditorilor și se afișează la ușa tribunalului, judecătorul-sindic are datoria să convoace adunarea creditorilor, într-un termen de maxim 30 de zile, urmând ca aceștia să formuleze eventuale obiecțiuni cu 5 zile înainte de ziua convocării. În cauză nu rezultă că o astfel de convocare a avut loc și astfel, așa cum corect se susține în recurs, creditorii nu au avut posibilitatea să formuleze obiecțiuni în care să facă susțineri de natura celor din calea de atac privind necomunicarea situațiilor finale, privind lipsa de justificare a unor sume de bani aflate în casieria debitoare sau încasate cu titlu de cheltuieli și onorarii pentru practicianul în lichidare. Neadoptarea unei măsuri impuse de lege de către judecătorul-sindic se poate constitui într-o nesocotire a dreptului procedural recunoscut creditoarei-recurente, care de altfel a depus note scrise la 8 septembrie 2011, note în care a formulat critici cu privire la raportul final, ce însă nu au fost analizate de către judecătorul-sindic.

⁴ Trib. Olt, sentința nr. 51/05.02.2007, în Insolvența 2.

aspecte ce nu puteau fi criticate prin alte mijloace procesuale, puse la îndemâna participanților la procedura insolvenței. De exemplu, nu este considerată pertinentă critica prin care se solicită lichidatorului, de către creditori, analizarea activității administratorilor și să indice faptele imputabile acestora și să le dovedească. Cu titlu de exemplu reținem că formularea obiecțiunilor la raportul final, motivate pe inexistența unei analize amănunțite din partea lichidatorului judiciar cu referire la eventualitatea formulării unei cereri întemeiate pe dispozițiile art. 169 din Codul insolvenței nu poate fi primită¹.

La data ședinței, judecătorul-sindic va soluționa, prin încheiere, toate obiecțiunile la raportul final, îl va aproba sau va dispune, dacă este cazul, modificarea corespunzătoare a acestuia. Aprobarea raportului final și închiderea procedurii se pot realiza prin două hotărâri succesive sau concomitent prin aceeași hotărâre, art. 167 alin. (2) din Codul insolvenței neprevăzând, în mod imperativ, o succesiune a acestor măsuri².

Creanțele care la data înregistrării raportului final vor fi încă sub condiție nu vor participa la ultima distribuire. Textul vizează acele creanțe afectate de o condiție suspensivă, cele afectate de o condiție extinctivă având dreptul să participe la distribuiri.

După ce judecătorul-sindic aprobă raportul final al lichidatorului judiciar, acesta va trebui să facă distribuirea finală a tuturor fondurilor din averea debitorului. Fondurile nereclamate în termen de 30 de zile de către cei îndreptățiți la acestea vor fi depuse în contul prevăzut la art. 39 alin. (4) din Codul insolvenței.

Dacă niciuna din părți nu formulează obiecțiuni la raportul final întocmit de către lichidatorul judiciar și publicat în Buletinul procedurilor de insolvență, judecătorul-sindic încuviințează propunerea formulată și constată că ipoteza normei legale din art. 174 din Codul insolvenței este îndeplinită dispunând închiderea procedurii fali-

¹ Trib. Giurgiu, sentința comercială nr. 715/16.12.2008, în Insolvența 2.

² C.A. Craiova, Secția comercială, decizia nr. 52/24.01.2008, în Insolvența 2.

mentului debitoarei, în forma simplificată cu toate consecințele subsecvente¹.

Secțiunea a 6-a. Divizarea și fuziunea în faliment

Conform celor deja evocate în partea introductivă a punctului I din prezentul studiu, fuziunea și divizarea sunt modalități de restructurare a societăților, în vederea optimizării activității economice. Pornind de la această concluzie, s-ar putea considera că fuziunea și divizarea sunt incompatibile cu procedura falimentului a cărei finalitate este lichidarea averii debitorului și, în final, radierea societății din Registrul Comerțului. În același sens par a fi și prevederile din Codul insolvenței, materia falimentului, ce nu conțin nicio prevedere cu privire la fuziune/divizare².

Legiuitorul a ales însă să reglementeze fuziunea/divizarea societăților aflate în etapa lichidării, în textul Legii nr. 31/1990 stabilind că aceste proceduri se pot realiza chiar dacă societățile dizolvate sunt în lichidare, cu condiția ca acestea să nu fi început încă distribuirea între asociați a activelor ce li s-ar cuveni în urma lichidării [art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990].

§1. Caracterul general al prevederilor art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990

În vederea stabilirii aplicabilității art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 în cadrul procedurii de faliment, specifice procedurilor de insolvență, trebuie determinat dacă art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 vizează exclusiv procedura de lichidare specifică Legii

¹ C.A. Cluj, Secția comercială, decizia nr. 3092/30.11.2009, în B.C.A. nr. 1/2010, p. 31-33.

² A. Dimitriu, Scurte considerații cu privire la divizarea și fuziunea în procedura insolvenței, loc. cit., p. 423-424.

nr. 31/1990 sau are caracter de normă generală cu incidență și în procedurile de insolvență.

În determinarea specificului reglementării art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 – normă generală vs. normă specială – trebuie apelat la textul Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative¹. Conform prevederilor art. 15 alin. (2)-(3) din Legea nr. 24/2000 caracterul special al unei reglementări se determină în funcție de obiectul acesteia, circumstanțiat la anumite categorii de situații și de specificul soluțiilor legislative pe care le instituie. În aceste condiții, reglementarea va fi considerată una derogatorie dacă soluțiile legislative referitoare la o situație anume determinată cuprind norme diferite în raport cu reglementarea-cadru în materie, aceasta din urmă păstrându-și caracterul său general obligatoriu pentru toate celelalte cazuri.

În cazul de față, textul art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 este cuprins în reglementarea generală din materia divizării și a fuziunii și are rolul de a extinde aplicabilitatea procedurilor de divizare sau de fuziune și în ipoteza în care societățile sunt în lichidare. În textul legal nu este limitată aplicabilitatea acestei reglementări exclusiv pentru procedurile de lichidare specifice Legii nr. 31/1990. În aceste condiții își va găsi incidența dictonul latin *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* – unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem. În egală măsură sunt relevante și dispozițiile art. 10 C.civ. potrivit cărora legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege.

Singura restricție dictată de prevederile art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 cu privire la posibilitatea fuzionării/divizării societăților aflate în lichidare este cea legată de începerea distribuirilor către asociați a activelor ce li s-ar cuveni în urma lichidării. Dacă distribuirea activelor nu a fost demarată, întrucât norma avută în vedere nu are caracterul unei reglementări derogatorii de la dreptul comun, ci, din contră, instituie cu titlu general posibilitatea angajării în proceduri de fuziune/divizare pentru societățile aflate

¹ Republicată (M.Of. nr. 260 din 21 aprilie 2010).

în proceduri de lichidare, prevederile art. 238 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 vor putea fi aplicate și în procedurile de insolvență, în etapa falimentului (atât în procedură generală, cât și în procedură simplificată).

§2. Aplicații practice

Unul dintre cele mai de neplăcute efecte ale procedurii de faliment este cel legat de inevitabila lichidare a tuturor bunurilor din patrimoniul debitoarei și, în final, radierea societății din Registrul Comerțului. Intrarea în faliment este ireversibilă, societatea debitoare nemaiavând cum să fie salvată.

În practică, destul de rar, apar situații în care debitorul aflat în faliment reușește să achite întreaga masă credală. Pentru a evita inconvenientele de natură fiscală pe care le implică distribuirea bunurilor rămase în patrimoniul societății către acționari/asociați, aceștia pot angaja debitoarea într-o procedură de fuziune/divizare cu una sau mai multe societăți *in bonis*, în vederea valorificării mijloacelor de producție rămase nelichidate.

Fuziunea unei societăți aflate în faliment cu o alta *in bonis* are drept efect închiderea procedurii insolvenței. În lipsa unui text de lege care să reglementeze această ipoteză, mijlocul tehnico-juridic prin intermediul căruia judecătorul-sindic va putea pronunța închiderea procedurii insolvenței, ar urma să fie **excepția lipsei de obiect**, prin constatarea dispariției debitorului. Procedura insolvenței nu poate subzista în condițiile în care persoana față de care a fost demarată o astfel de procedură nu mai există.

Procedura fuziunii/divizării în această situație este mult simplificată față de cea din cadrul reorganizării judiciare, în sensul că se vor aplica exclusiv prevederile Legii nr. 31/1990.

Capitolul V

Acțiunea în anularea actelor frauduloase

Secțiunea 1. Natura juridică a acțiunii în anulare a actelor frauduloase ale debitorului

Din rațiuni ce țin de psihologie sau de calcul rece, în perioada anterioară deschiderii procedurii insolvenței, denumită generic perioadă suspectă, debitorul care realizează că se apropie de colapsul financiar va încerca să-și „externalizeze” activele importante pentru a le ascunde de urmărirea creditorilor sau pentru a-și procura lichidități în condiții ruinătoare. Debitorul poate chiar, știind exact când a intervenit sau va interveni situația de stres financiar, să-și „organizeze” insolvența, cerând din proprie inițiativă deschiderea procedurii, dar numai după ce va fi sigur că creditorii nu vor mai lua nimic din valoarea activelor sale¹.

Justificarea existenței acestui tip de acțiuni este lesne de înțeles întrucât actele în cauză, încheiate de debitor sunt fie lipsite de utilitate pentru acesta, fie creează un avantaj anormal anumitor creditori ce alterează egalitatea de tratament de care aceștia beneficiază în cadrul procedurii colective².

Odată deschisă procedura insolvenței, pe lângă activitățile de inventariere și de colectare a bunurilor aparținând debitoarei, administratorul judiciar/lichidatorul trebuie să valorifice oportunitățile de reîntregire a patrimoniului, în beneficiul reorganizării judiciare

¹ Gh. Piperea, Dreptul comercial, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 298.

² A. Jacquemont, Droit des entreprises en Difficulté, Litec, Paris, 2009, p. 306.

sau, după caz, în beneficiul lichidării¹. Prin mecanismul pus la îndemână de prevederile art. 117 și urm. Codul insolvenței se poate ajunge inclusiv la modificarea tabelului preliminar/definitiv, prin apariția unor noi creditori care, deși nu aveau această calitate la momentul deschiderii procedurii (nu au formulat o declarație de creanță), ca efect al admiterii acestei acțiuni în anulare, prin nașterea obligației de restituire a bunurilor dobândite prin tranzacțiile desființate, vor deveni în mod automat creditori ai debitoarei [art. 120 alin. (2) Codul insolvenței]. Acest efect al acțiunii în anulare poate atribui acestei instituții caracteristica unei veritabile excepții (alături de contestația la tabelul definitiv – art. 113 din Codul insolvenței) de la principiul imutabilității masei credale ulterior expirării termenului de contestație a tabelului preliminar².

Reconstituirea activului debitoarei, prin intermediul nulității actelor frauduloase, prezintă o serie de inconveniente majore pentru terții cocontractanți, respectiv pentru subdobânditorii activelor provenite de la debitoare³. Insecuritatea raporturilor juridice generată de regimul juridic derogator de la dreptul comun al acestui tip de nulitate paralizează inclusiv posibilitatea invocării erorii comune și invincibile (teoria proprietarului aparent – art. 17 C.civ.).

Codul insolvenței permite administratorului judiciar/lichidatorului, comitetului creditorilor, respectiv creditorului care deține mai mult de 50% din masa credală să introducă acțiuni, în vederea reîntregirii patrimoniului debitoarei pentru: (i) anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor; (ii) acțiuni pentru anularea constituirilor sau transferurilor de drepturi patrimoniale către terți, realizate de debitor prin acte sau operațiuni neobișnuite sau care depășesc limitele normale ale activității debitorului; (iii) acțiuni pentru restituirea de către terții dobânditori (art. 120 din Codul insolvenței), respectiv de către

¹ FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 937.

² P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procedures collectives, Dalloz, Paris, 2008, p. 1528.

³ A. Jacquemont, Droit des entreprises en Difficulté, Litec, Paris, 2009, p. 303.

subdobânditori (în anumite cazuri – art. 121 din Codul insolvenței) a bunurilor transmise, respectiv a contravalorii acestora, în cazul în care restituirea în natură nu mai este posibilă, precum și a valorii altor prestații executate în baza actelor, constituirilor sau transferurilor anulate¹.

Acțiunea în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în perioada suspectă are o natură juridică aparte, îmbinând caracteristicile mai multor instituții, în special ale acțiunii în nulitate, fie ea relativă sau absolută, și ale acțiunii revocatorii (pauliene). În doctrină au fost semnalate asemănări ale acțiunii în anulare specifice insolvenței cu simulația și leziunea/acțiunea în resciziune².

Definirea exactă a naturii acțiunii în anulare specifice procedurii insolvenței prezintă un real interes, scopul fiind acela de a determina în concret competența organelor și participaților la procedura insolvenței și caracteristicile acestei acțiuni, în funcție de care urmează să se desfășoare judecata.

În consecință, va trebui determinat dacă acțiunea în anulare a actelor frauduloase este o acțiune de sine stătătoare, specifică procedurii insolvenței, sau este o acțiune de drept comun în anulare/constatarea nulității, respectiv o acțiune pauliană sau oblică.

§1. Comparație cu acțiunea revocatorie

În perioada de activare a dispozițiilor relative la faliment din Codul comercial din 1887, art. 725 făcea vorbire despre instituția anulării actelor frauduloase trimitând la prevederile art. 975 C.civ. care reprezentau temeiul legal pentru exercitarea unei acțiuni pauliene. Jurisprudența interbelică, în aplicarea art. 725 și urm. C.com. din 1887, în vigoare la acea dată, a calificat aceste acțiuni drept revocatorii, susținând că art. 726 declară revocabile actele, plățile și înstrăinările vizate, întrucât sunt prezumate a fi făcute în fraudă creditorilor. Pentru ca tribunalul să revoce actele vizate, era

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 410.

² C.A. Obancia, *Procedura insolvenței. Efectele juridice asupra contractelor*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 178-180.

suficient ca judecătorul-sindic să dovedească faptul că acele acte au fost încheiate după data încetării plăților¹. Într-adevăr acțiunea în anularea actelor frauduloase era în accepțiunea Codului comercial o acțiune revocatorie, argumentul principal fiind acela că textul art. 725 C.com. făcea trimitere la dispozițiile art. 975 C.civ., la acea vreme sediul materiei în domeniul acțiunii revocatorii. Și în prezent, în unele sisteme europene de drept, acțiunea este intitulată în mod direct *actio pauliana*, fiind păstrate reglementări similare vechiului nostru Cod comercial (Olanda)², respectiv acțiunea este calificată ca atare ca urmare a efectelor pe care le produce, anume inopozabilitatea față de masa credală a actelor frauduloase (Belgia)³.

De lege lata însă, textele din Codul insolvenței – ca de altfel și cele din vechea Lege nr. 85/2006 – ce reglementează acțiunea în anulare a actelor frauduloase nu fac trimitere la actualul art. 1562 C.civ. (corespondentul fostului art. 975 C.civ. din 1864).

Într-o primă susținere⁴, este adevărat în ceea ce privește comentariul Legii nr. 64/1995⁵, s-a concluzionat în sensul că acțiunea în anulare a actelor frauduloase este, în fapt, o acțiune revocatorie. Argumentele aduse în sprijinul acestei teorii sunt departe de a fi solide, deoarece sunt invocate prescripțiile art. 975 C.civ. din 1864, prin raportare la art. 1 C.com., considerând că dreptul comercial se completează cu dispozițiile Codului civil acolo unde nu sunt dispoziții contrare în legislația specială. Consider că această concluzie nu poate subzista în lumina prevederilor Codului insolvenței, cum nu putea fi acceptată nici în reglementarea vechii Legi nr. 85/2006.

¹ Cas. III, decizia nr. 385/13.06.1941, în R.D.C. din 1941, p. 462, apud Codul comercial adnotat, Ed. Tribuna, Craiova, 1994, p. 486.

² P.J.M. Declercq, op. cit., p. 135-136.

³ Centre Jean Renauld, Le Nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite, Ed. Academia, Bruxelles, 1997, p. 183-186.

⁴ N. Tândăveanu, Procedura reorganizării judiciare, op. cit., p. 114; I. Schiau, Regimul juridic al insolvenței comerciale, Ed. All Beck, București, 2001 p. 151.

⁵ Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, republicată (M.Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004).

Caracteristica acțiunii pauliene constă în aceea că actul criticat rămâne a fi inopozabil pentru creditorul care a exercitat această acțiune, fără a se anula în sine¹. Or, această caracteristică a acțiunii revocatorii este în total dezacord cu prevederile art. 120 alin. (1) Codul insolvenței care statuează în mod clar că în urma anulării transferului patrimonial din perioada suspectă, bunul se „restituie averii debitorului”². În plus, acțiunea revocatorie, prin efectul pe care-l produce – inopozabilitatea actului fraudulos față de creditorul care a formulat acțiunea revocatorie – este incompatibilă cu specificul procedurii insolvenței care este o procedură colectivă, concursuală, fiind interzisă orice formă de executare silită individuală a debitorului de către un singur creditor sau o parte a acestora. Aceasta este rațiunea pentru care considerăm că în genere acțiunea pauliană nu poate fi introdusă împotriva unui debitor aflat în insolvență.

Restul argumentelor în susținerea acestei teze³ vizează motivele pentru care acțiunea în anularea actelor frauduloase nu este una în anulare/nulitate de drept comun (aspect cu care suntem de acord), fiind înlăturată în totalitate însă posibilitatea ca această acțiune să fie una autonomă, specifică procedurii insolvenței. Calificarea regimului juridic al acțiunii în anularea actelor frauduloase nu se poate realiza alegând între acțiunea pauliană și cea în anulare/nulitate de drept comun, fixând acest regim juridic în funcție de asemănările mai mari cu una dintre cele două instituții.

Diferența majoră între acțiunea pauliană și cea în anulare reglementată de Codul insolvenței este dată de faptul că acțiunea revocatorie în contra unui act cu titlu oneros poate fi exercitată

¹ C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 359.

² Cu alte cuvinte, în timp ce acțiunea revocatorie constată inopozabilitatea actului doar în privința titularului acțiunii, pronunțarea unei acțiuni în anularea actelor frauduloase are efecte pentru toți creditorii debitorului, prin repunerea părților în situația anterioară, în *P.-M. Le Corre*, op. cit., p. 1530.

³ N. Țăndăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, op. cit., p. 114; I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 151.

numai în situația în care este probată complicitatea terțului cocontractant la încheierea actului fraudulos¹. În reglementarea anterioară anului 2011 (mai exact 1 octombrie 2011), Codul civil din 1864 nu reglementa în mod expres această condiție, ea fiind consacrată la nivel jurisprudențial și doctrinar. În schimb, de la momentul intrării în vigoare a noului Cod civil, această condiție a primit o reglementare expresă prin prevederile art. 1562 alin. (2) care statuează – „un contract cu titlu oneros sau o plată făcută în executarea unui asemenea contract poate fi declarată inopozabilă numai atunci când terțul contractant ori cel care a primit plata cunoștea faptul că debitorul își creează sau își mărește starea de insolvabilitate”.

Un element de noutate pe care îl aduce noua reglementare a acțiunii revocatorii este legat de faptul că exercitarea acestei acțiuni este condiționată de probarea creării sau majorării stării de insolvabilitate [alin. (1) al art. 1562 C.civ.]. Cu toate acestea, prin folosirea expresiei „*cum sunt* cele prin care debitorul își creează sau își mărește o stare de insolvabilitate”, textul legal apare a fi unul exemplificativ, iar nu restrictiv. Oricum, este posibil, ca această reglementare să permită pe viitor, exercitarea acțiunii revocatorii (în lipsa unei proceduri a insolvenței) prin referire la textele art. 117-120 din Codul insolvenței care indică (cu titlu exemplificativ) actele și operațiunile frauduloase prin intermediul cărora creditorul își poate crea sau acutiza starea de insolvență.

În concluzie, opinăm în sensul că acțiunea în anularea actelor frauduloase din perioada suspectă nu se identifică cu acțiunea pauliană, ci este o acțiune distinctă și autonomă, specifică procedurii insolvenței².

¹ C. Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a IX-a, op. cit., p. 358.

² În cauză nu se aplică regulile dreptului civil prevăzute de art. 975 și urm. C.civ. care dau posibilitatea oricărui creditor în nume personal să atace actele făcute de debitor în prejudiciul lui, pe calea acțiunii revocatorii (pauliene). Nu pot fi confundate sau suprapuse dispozițiile legii generale cu cele din legea specială pe considerentul greșit că art. 149 din Legea nr. 85/2006 prevede că dispozițiile prezentei legi se completează cu cele din Codul civil. Altfel, în concurs cu legea generală (Codul

§2. Comparație cu acțiunea în anulare/nulitate de drept comun

Sanctiunea nulității de drept comun este reglementată de art. 1264 C.civ. și vizează orice contract încheiat cu încălcarea condițiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă. Acțiunea reglementată de art. 117 și urm. din Codul insolvenței are ca obiect exclusiv ipoteza existenței unei fraude a creditorilor la nivel obiectiv (ruperea egalității între creditori), nefiind necesară demonstrarea unei intenții a părților în a fraudă creditorii. Fraudarea intereselor creditorilor nu reprezintă în sine un motiv de nulitate în sensul reglementat de art. 1264 C.civ., putând însă fi asimilat unei cauze imorale, conform art. 1238 alin. (2) C.civ., atunci când este comună ori, în caz contrar, dacă cealaltă parte a cunoscut-o sau, după împrejurări, trebuia s-o cunoască. Prin urmare, în vederea calificării cauzei contractului ca fiind imorală, este necesară demonstrarea unui comportament culpabil al cocontractantului care, cunoscând sau trebuind să cunoască scopul imoral al celeilalte părți, a consimțit, totuși, la încheierea contractului¹. Spre deosebire de această condiție pe care trebuie să o îndeplinească cauza imorală pentru a fi aptă să provoace nulitatea contractului, în cadrul acțiunii reglementate de art. 117 și urm. din Codul insolvenței nu este necesară probarea unui comportament culpabil a părților contractante, singurul aspect necesar a fi probat fiind caracterul fraudulos al actului (aspect ce nu presupune în mod automat și existența unei rele-credințe).

O parte a doctrinei a apreciat că acțiunea prevăzută de art. 117-120 din Codul insolvenței este o **acțiune în anulare** de drept comun². Problema acestei calificări este legată, pe lângă

civil), întotdeauna se aplică legea specială (Legea nr. 85/2006), C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 448/16.10.2006, în Insolvența 2.

¹ C. Zamșa, în *Fl.A. Băias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2012, comentariul art. 1238 C.civ. (www.legalis.ro).

² *St.D. Cârpenaru*, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 751.

argumentele evocate mai sus, de specificul reglementărilor din Codul insolvenței: (i) calitatea procesual-activă în promovarea acestei acțiuni aparține în principal administratorului judiciar/lichidatorului, în calitatea sa de organ al procedurii, care este un terț desăvârșit de raportul juridic atacat; (ii) terțul dobânditor, respectiv debitorul pot fi de bună-credință la momentul efectuării transferului patrimonial; (iii) derogarea de la principiul dobânditorului de bună-credință care, pe tărâmul dreptului comun nu este afectat de anularea/nulitatea transferului inițial. Astfel, observând diferențele consistente între anulare/nulitate și acțiunea reglementată de art. 117 și urm. din Codul insolvenței, reiese că acțiunea în anularea actelor frauduloase din perioada suspectă nu se identifică nici cu acțiunile în anulare/nulitate de drept comun¹.

Un argument suplimentar în sensul celor de mai sus este devoalat de prevederile art. 122 alin. (7) din Codul insolvenței. De la momentul deschiderii procedurii insolvenței actele încheiate de debitor în cei 2 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență, pentru motivul fraudei în dauna creditorilor, **nu mai pot fi anulate sau constatate nule absolut pe tărâmul dreptului comun.** Participanții la procedura insolvenței vor avea acces exclusiv la acțiunea reglementată de art. 117 și urm. din Codul insolvenței. Prin urmare, legiuitorul a înțeles să distingă în mod expres între cele două tipuri de sancțiuni (nulitatea de drept comun și acțiunea în anularea actelor frauduloase în procedura insolvenței).

Prevederile art. 122 alin. (7) din Codul insolvenței nu au însă ca rezultat blocarea tuturor motivelor de nulitate relativă sau absolută ce pot fi invocate cu privire la actele juridice încheiate de debitor. În ipoteza în care tranzacțiile încheiate de debitoare sunt afectate de alte motive de nulitate decât cel reprezentat de fraudarea intereselor creditorilor, părțile legitimate procesual-activ (conform art. 1264 C.civ.) vor putea ataca aceste acte juridice, fără ca

¹ I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 490-492.

limitarea instituită de art. 122 alin. (7) din Codul insolvenței să poată fi extinsă, prin analogie, și către alte motive de nulitate¹.

Fiind în asentimentul doctrinei relevante² în această materie concluzionăm că acțiunea în anulare a actelor frauduloase încheiate în perioada suspectă este o acțiune specifică procedurii insolvenței delimitându-se atât de acțiunea în anulare de drept comun, cât și de cea revocatorie reglementată de art. 1562 C.civ. În dreptul anglo-saxon acest tip de acțiune este denumită extrem de sugestiv *claw-back action*. Adaptând această denumire, acțiunii în anularea actelor frauduloase i s-a dat denumirea de acțiune în reîntregirea patrimoniului³, reîntregire ce se bazează pe echilibrul prestațiilor, aplicație a teoriei solidarismului contractual⁴.

Cu titlu de noutate, art. 122 alin. (7) din Codul insolvenței stabilește că de la data deschiderii procedurii de insolvență, anularea unor acte încheiate de debitor în cei 2 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență, pentru motivul fraudei în dauna creditorilor, se poate face exclusiv prin intermediul acțiunii prevăzute la art. 117 din Codul insolvenței. Această prevedere nu exclude *de plano* formularea unei acțiuni în constatarea nulității relative sau absolute ulterior momentului deschiderii procedurii insolvenței – acțiune ce nu cade în competența judecătorului-sindic, ci a celui de drept comun.

Singura limitare a dreptului de a invoca motive de nulitate relativă sau absolută ulterior momentului deschiderii procedurii insolvenței est legată de imposibilitatea invocării unor motive ce pot fi, în egală măsură, circumscrise actelor vizate de art. 117 alin. (1)-(2) din Codul insolvenței – fraudă în dauna creditorilor. Orice alt motiv de nulitate, va pute fi invocat în fața instanțelor de

¹ Art. 10 C.civ. Interzicerea analogiei: „Legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege”.

² Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 538; A. Buta, *Anularea actelor frauduloase în procedura insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 269.

³ Gh. Piperea, op. cit., p. 550.

⁴ C.A. Obancia, op. cit., p. 187.

drept comun. Textul art. 122 alin. (7) din Codul insolvenței își produce efectele și ulterior încheierii procedurii, prevederile legale folosind sintagma „*de la data deschiderii procedurii*”, iar nu „*pe parcursul derulării procedurilor de insolvență*”. Astfel, ulterior încheierii procedurii insolvenței, actele fostului debitor nu vor putea fi atacate cu motive de nulitate ce puteau fi invocate prin mecanismul pus la dispoziție de art. 117 din Codul insolvenței.

§3. Caracter reparator vs. caracter sancționator

Judecând în funcție de efectele pe care le produce admiterea acestei acțiuni, apare ca fiind necesară clasificarea acțiunii în anularea actelor frauduloase în funcție de efectele pe care le produce asupra patrimoniului tertului cocontractant, respectiv a subdobânditorului. Este o acțiune reparatorie sau sancționatorie? În funcție de caracterul normelor de drept ce reglementează raportul juridic protejat de acțiunea în anulare a actelor frauduloase, și anume norme de drept privat, specificul acestei acțiuni va fi dat de restabilirea dreptului subiectiv civil încălcat, și anume restabilirea situației de egalitate între creditori, respectiv dreptul creditorilor de a-și recupera creanțele deținute în contra debitorului¹.

Funcția reparatorie a acestei acțiuni rezultă în mod direct din textul art. 117 din Codul insolvenței care statuează că vor fi anulate acele acte frauduloase care au fost încheiate *în dauna creditorilor*. Prin urmare, condiția **principală pentru exercitarea acestei acțiuni** este reprezentată de existența unei daune prin fraudă a drepturilor creditorilor. La nivel de principiu, această acțiune are și un rol preventiv, de descurajare a managementului companiilor aflate în risc de insolvență, de a încerca să înstrăineze anumite bunuri, cu scopul de a le sustrage de la masa credală și a le face inaccesibile creditorilor, respectiv de a favoriza unul sau mai mulți creditori².

¹ G. Boroi, *Drept civil. Partea generală persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 10.

² FL Memo, *Company Law*, London, 2011, FL Memo Limited, p. 937.

Cu toate acestea, se poate identifica în textele art. 117-122 din Codul insolvenței o ipoteză în care acțiunea în anulare a actelor frauduloase capătă și **caracter sancționator**. Este vorba despre situația în care terțul dobânditor a fost de rea-credință. În această ipoteză dictată de art. 120 alin. (2) teza a III-a din Codul insolvenței, terțul va fi îndreptățit să primească doar prețul plătit, urmând să participe la distribuire de pe penultima treaptă a ordinii de preferință [art. 161 pct. 10 lit. a) din Codul insolvenței]. Diferența față de ipoteza terțului de bună-credință este importantă deoarece acesta va putea solicita înscrierea în tabelul de creanțe cu o creanță egală cu prețul plătit, la care se poate adăuga sporul de valoare a bunului, determinat de eventualele investiții efectuate, în plus distribuirea sumelor urmând a se realiza conform prevederilor art. 161 pct. 4 din Codul insolvenței.

Aceeași este ipoteza și în cazul în care acțiunea în anulare a actelor frauduloase a vizat un transfer cu titlu gratuit. În timp ce terțul dobânditor cu titlu gratuit de bună-credință va restitui bunurile în starea în care se găsesc, iar, în lipsa acestora, va restitui diferența de valoare cu care s-a îmbogățit, cel de rea-credință va fi dator să restituie, în toate cazurile, întreaga valoare, precum și fructele percepute [art. 120 alin. (4) din Codul insolvenței].

Nu în ultimul rând, în condițiile art. 121 din Codul insolvenței, subdobânditorului, care nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat va fi dator să restituie averii debitorului bunul ce face obiectul acțiunii în anulare. Cu titlu de sancțiune, acesta va putea pretinde de la debitor doar contra-valoarea sporului de valoare determinat de investițiile pe care le-a efectuat și va fi înscris în tabelul de creanțe având dreptul a-și recupera creanța de pe penultima treaptă a ordinii de preferință [art. 161 pct. 10 lit. a) din Codul insolvenței].

Prevederile legale din materia anulării actelor frauduloase au înțeles să nu sancționeze terțul dobânditor decât în ipoteza în care acesta a fost de rea-credință. Este de salutat faptul că prevederile Codului insolvenței au abandonat concepția vechii Legi nr. 85/2006 care sancționa drastic reaua-credință a terțului dobânditor, prin pierderea dreptului de creanță rezultat din anularea transferului.

Vechiul art. 83 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prezenta serioase dubii de constituționalitate, întrucât reaua-credință era sancționată cu pierderea dreptului de proprietate (asupra creanței), aspect ce contravenea în mod evident cu prevederile art. 44 din Constituție.

Secțiunea a 2-a. Părțile acțiunii în anulare a actelor frauduloase

§1. Reclamanții

Conform textelor art. 117-122 din Codul insolvenței, principalul titular al acțiunii în anularea actelor frauduloase încheiate în perioada suspectă este *administratorul judiciar/lichidatorul*. Textul legal îi conferă acest drept nu în calitate sa de reprezentant al societății, ci în calitate sa de organ al procedurii insolvenței. Cerința primordială pentru exercitarea acestei acțiuni este fraudarea drepturilor creditorilor. Această fraudă trebuie probată pentru cazurile reglementate de art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței, fiind prezumată în ceea ce privește situațiile expuse de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței¹.

În subsidiar, în ipoteza în care administratorul judiciar/lichidatorul nu formulează acțiunea în anulare, dobândesc calitate procesual-activă *comitetul creditorilor*, respectiv *creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală*. Întrucât este vorba despre o legitimare procesual-activă subsidiară, comitetul creditorilor, respectiv creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală vor putea formula acțiunea reglementată de art. 117 din Codul insolvenței numai după îndeplinirea anumitor condiții.

¹ A se vedea, în acest sens, textul art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței conform căruia în privința actelor și operațiunilor prevăzute la art. 117 alin. (2) se instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor.

Astfel, este necesar ca principalul titular al acțiunii, administratorul judiciar/lichidatorul, să nu introducă acțiunea în anularea actelor frauduloase. S-a arătat că introducerea acțiunii în anulare de către comitetul creditorilor nu poate fi acceptată oricum, ci numai dacă se probează riscul pierderii termenului și refuzul expres sau implicit al administratorului judiciar/lichidatorului de a introduce acțiunea¹. Dacă, spre exemplu, comitetul creditorilor sau creditorul majoritar a pus în discuție necesitatea sau utilitatea introducerii unei astfel de acțiuni, iar administratorul judiciar/lichidatorul a refuzat expres sau a omis să introducă acțiunea, atunci aceasta devine admisibilă. Astfel, **condiția prealabilă** pentru exercitarea acțiunii în anulare de către comitetul creditorilor este, deci, inactivitatea administratorului judiciar/lichidatorului față de unul sau mai multe acte juridice ale debitorului care, cel puțin aparent, ar putea intra sub incidența art. 117 din Codul insolvenței². Regimul juridic al acestei condiții prealabile este cel reglementat de art. 193 C.proc.civ.³, fiind necesară depunerea, odată cu cererea de chemare în judecată, a actelor din care să rezulte pasivitatea administratorului judiciar/lichidatorului în formularea cererii de anulare a actelor frauduloase.

În privința legitimării procesual-active a **comitetului creditorilor**, este necesară existența unei hotărâri a acestui organ, votată în condițiile art. 51 alin. (3) și (4) din Codul insolvenței, prin care să se decidă promovarea uneia dintre acțiunile reglementate de art. 117 din Codul insolvenței. Ulterior adoptării hotărârii, președintele comitetului creditorilor sau o altă persoană indicată în hotărârea comitetului creditorilor va formula acțiunea în anularea actelor frauduloase. Pentru a fi respectate condițiile de admisibilitate a acțiunii civile (calitatea de reprezentant a

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 411.

² În legătură cu îndeplinirea acestei condiții a se vedea *infra*, Secțiunea a 6-a. Incidente procedurale legate de acțiunea în anulare, §1. Calitatea procesual-activă, 1.1. Lichidatorul/administratorul judiciar, p. 310, în care sunt dezvoltate condițiile în care comitetul creditorilor poate formula acțiunea în anulare.

³ I. Deleanu, Noul Cod de procedură civilă, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 304.

comitetului creditorilor – art. 151 C.proc.civ.¹⁾ și implicit pentru a evita anularea cererii de chemare în judecată²⁾, este necesară depunerea, odată cu acțiunea, a hotărârii prin care s-a votat, în cadrul comitetului creditorilor, în sensul promovării acțiunii.

Creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, va putea să exercite acțiunea în anulare a actelor frauduloase fără a mai fi necesară îndeplinirea unei proceduri prealabile. În vederea justificării acestei calități de creditor majoritar, creditorul va trebui să fie înscris în tabelul de creanțe aferent momentului procesual în care este exercitată acțiunea în anulare (tabel preliminar, tabel definitiv, tabel definitiv consolidat, tabel suplimentar).

Creditorul majoritar ce deține o creanță care este *afectată* în tot sau în parte *de un termen* va putea exercita acțiunea în anulare a actelor frauduloase. Această concluzie se desprinde în mod indirect din prevederile art. 102 alin. (4)-(5) din Codul insolvenței care permit creanțelor afectate de un termen să participe la distribuire și să voteze.

În ipoteza în care creditorul majoritar are o *creanță supusă unei condiții suspensive*, întrucât dreptul de vot și dreptul la distribuție ale titularilor creanțelor sub condiție suspensivă la data deschiderii procedurii, inclusiv ale titularilor creanțelor a căror valorificare este condiționată de executarea în prealabil a debitorului principal, nu sunt născute, acțiunea în anulare a actelor frauduloase nu va putea fi formulată de această persoană, nefiind întrunite condițiile pentru a fi calificată drept creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței.

În lipsa unui comitet al creditorilor, respectiv în cazul în care un singur creditor nu cumulează peste 50% din masa credală, acțiunea nu va putea fi exercitată decât de administratorul judiciar/lichidatorul debitoarei. Atribuțiile comitetului creditorilor cu privire la calitatea procesual-activă nu pot fi transferate prin

¹ L.A. Viorel, G. Viorel, Noul Cod de procedură civilă. Vol. I Fundamentele art. 1-248, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p 382.

² M. Tăbărcă, Drept procesual civil, Vol. I. Teoria generală, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 446.

analogie către Adunarea creditorilor. În ipoteza în care la masa credală sunt înscrși doar 2 creditori, unul dintre ei va fi majoritar și va avea, implicit, posibilitatea să exercite acțiunea în anularea actelor frauduloase în această calitate. În schimb dacă sunt trei creditori înscrși la masa credală, pot fi imaginate ipoteze în care niciunul dintre ei nu deține majoritatea din masa credală.

În general, adoptarea unei hotărâri a Adunării Creditorilor prin care să se ia decizia formulării unei asemenea acțiuni nu poate fi asimilată unei hotărâri a comitetului creditorilor. Cu titlu de excepție, dacă din cauza numărului mic de creditori, judecătorul-sindic consideră că nu este necesară constituirea unui comitet al creditorilor, atribuțiile comitetului vor fi exercitate de adunarea creditorilor [art. 50 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței]. În vederea exercitării atribuțiilor Comitetului creditorilor de către Adunarea Creditorilor va fi însă necesară pronunțarea unei hotărâri de către judecătorul-sindic.

§2. Pârâții

În principal, debitorul este cel care se apără în acțiunea în anulare. Așadar, calitatea procesuala pasivă în acțiunile în anulare prevăzute la art. 117 din Codul insolvenței incumbă *debitorului, terțului dobânditor* și, în funcție de situație, *subdobânditorului* [art. 121 alin. (1)]¹. Art. 126 din Codul insolvenței permite introducerea unei acțiuni în anulare inclusiv împotriva subdobânditorului cu scopul de a recupera bunul ori valoarea acestuia. Prin urmare, inclusiv *subdobânditorul* poate sta în fața instanței în calitate de pârât în acțiunea în anulare (dacă cererea de recuperare a bunului sau a valorii acestuia de la subdobânditor este formulată concomitent cu acțiunea în anulare), respectiv în cadrul acțiunii în recuperare, specifice art. 126 din Codul insolvenței.

După cum am arătat în prima secțiune (reclamanții) administratorul judiciar/lichidatorul nu îndeplinește în cadrul acestei acțiuni calitatea de reprezentant al debitoarei, ci pe cea de organ al

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 412.

procedurii. Prin urmare, debitoarea nu va putea fi reprezentată de administratorul judiciar/lichidatorul deoarece, în ipoteza în care acesta este cel care promovează acțiunea, s-ar ivi un conflict de interese (aceeași persoană va avea atât calitatea de reclamant, cât și pe cea de reprezentant al pârâtului). În cea de-a doua ipoteză, când comitetul creditorilor, respectiv creditorul majoritar formulează acțiunea, administratorul judiciar/lichidatorul se va situa pe o poziție neutră¹. Această poziție neutră pe care trebuie să o adopte administratorul judiciar/lichidatorul în cazul în care comitetul creditorilor este cel care introduce acțiunea în anulare este motivată prin aceea că administratorul judiciar/lichidatorul nu poate interfera cu interesele legitime ale creditorilor. Mai mult, o opoziție a acestuia în ceea ce privește acțiunea în anulare formulată de comitetul creditorilor ar fi contrară cu scopul Codului insolvenței – instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului (art. 2) – și cu atribuțiile reglementate de art. 58, respectiv art. 59 din Codul insolvenței, anume maximizarea averii debitorului.

Problema reprezentativității debitorului este rezolvată în mod univoc de art. 122 alin. (6) teza a II-a care statuează că debitorul va fi citat în calitate de pârât prin administratorul special, iar în lipsă prin curator special, urmând a se aplica prevederile art. 53 alin. (3) din Codul insolvenței. În această din urmă ipoteză, debitorul va fi reprezentat de un curator special desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exercițiul funcțiunii la data deschiderii procedurii. Desemnarea se va face de către judecătorul-sindic în camera de consiliu, fără citarea părților. În cazul în care ulterior adunarea generală a asociaților/acționarilor/membrilor alege un administrator special, acesta va prelua procedura în stadiul în care se găsește la data desemnării.

¹ Ibidem.

§3. Intervenienții

Această calitate poate fi dobândită în cadrul acțiunii în anulare de orice persoană care îndeplinește rigorile art. 61-67 C.proc.civ.¹ Analizând instituția intervenției prin raportare la prevederile legii insolvenței, rezultă că invocarea unui interes propriu și, implicit, formularea unei cereri de intervenție principală este incompatibilă cu procedura insolvenței, atâta timp cât această procedură este una concursuală fiind prohibită invocarea unui interes particular.

Caracterul inadmisibil al cererii de **intervenție principală** reiese și din împrejurarea că formularea acțiunii în anularea actelor frauduloase este la îndemâna organelor procedurii (administrator judiciar/lichidator, respectiv comitet al creditorilor) sau la îndemâna creditorului care are peste 50% din masa credală. Potrivit art. 61 alin. (2) C.proc.civ., intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. În condițiile în care scopul acțiunii în anularea actelor frauduloase este acela al reîntregirii patrimoniului debitoarei în vederea maximizării gradului de recuperare a creanțelor creditorilor, niciun participant la procedura insolvenței nu va putea pretinde pentru sine dreptul dedus judecății sau un drept adiacent.

În schimb, **intervenția accesorie** în interesul reclamanților sau a părților, întrucât sprijină numai apărarea uneia dintre părți, este compatibilă cu procedura insolvenței, atâta timp cât sunt îndeplinite condițiile referitoare la existența interesului celui care intervine.

Va putea formula intervenție accesorie în favoarea reclamanțului orice creditor (mai puțin de cel care exercită acțiunea), precum și administratorul judiciar (în situația în care nu este el reclamantul). În favoarea părților (debitorul și cocontractantul) de cele mai multe ori va interveni subdobânditorul care va încerca

¹ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dimu, Drept procesual civil. Drept execuțional civil. Arbitraj. Drept notarial, Ed. Național, București, 2013, p. 158 și urm.

să se apere de o posibilă viitoare acționare în instanță, în temeiul art. 121 din Codul insolvenței.

Secțiunea a 3-a. Momentul introducerii acțiunii în anulare

§1. Momentul de la care poate fi formulată cererea

Acțiunea în anulare poate fi formulată atât în timpul perioadei de observație, a reorganizării judiciare, cât și în timpul procedurilor de lichidare aferente falimentului. Această concluzie se desprinde atât din textele legale (art. 117, art. 118, art. 121 și art. 122 din Codul insolvenței) care folosesc atât noțiunea de administrator judiciar, cât și pe cea de lichidator, cât și din prevederile art. 58 alin. (1) lit. h), respectiv art. 64 lit. c) din Codul insolvenței care fixează printre atribuțiile administratorului judiciar (în perioada de observație și în reorganizare) și a lichidatorului (în faliment) și formularea unei acțiuni în anulare.

Singura condiție referitoare la momentul de la care poate fi introdusă această acțiune, este cea impusă indirect de art. 118 alin. (1) din Codul insolvenței, și anume întocmirea raportului privitor la cauzele apariției stării de insolvență sau trecerea termenului pentru depunerea acestuia, fără de care acțiunea în anulare apare ca fiind prematură¹.

Este lipsit de relevanță dacă acest raport nu este întocmit sau este depus după expirarea termenului impus de art. 97 alin. (1), și anume în 40 de zile de la numirea administratorului judiciar/lichidatorului, întrucât textul art. 81 din Codul insolvenței fixează un termen cert (expirarea termenului de depunere a raportului, care este de 40 de zile)², iar nu o condiție (depunerea raportului). Prin

¹ A se vedea *infra*, Secțiunea a 6-a. Incidente procedurale legate de acțiunea în anulare, §4. Prematuritatea, p. 314.

² Acest termen poate fi prelungit de judecătorul-sindic cu o perioadă de maximum 40 de zile.

urmare, pentru administratorul judiciar/lichidator termenul de la care poate fi exercitată acțiunea în anulare este de maxim 40 de zile (plus perioada de prelungire în ipoteza în care judecătorul-sindic dispune în acest sens) de la desemnare sau de la momentul depunerii raportului (în cazul în care acest raport este depus mai devreme de cele 40 de zile).

În cazul în care administratorul judiciar/lichidatorul nu formulează acțiunea reglementată de art. 117 din Codul insolvenței, art. 118 conferă calitate procesual-activă în formularea acțiunii în anulare comitetului creditorilor, respectiv creditorului majoritar. În privința acestui titular al acțiunii se pune problema **momentului de la care va putea exercita acest drept**. Textul art. 118 alin. (2) din Codul insolvenței permite exercitarea acestei acțiuni în subsidiar, folosind expresia „dacă administratorul judiciar/lichidatorul nu o face”. Prin urmare, pentru a determina momentul de la care comitetul creditorilor poate exercita acțiunea în anulare, este necesar să fie identificat momentul îndeplinirii condiției impuse de textul art. 118 alin. (2) din Codul insolvenței.

Condiția negativă de a nu formula acțiunea în anulare de către administratorul judiciar/lichidator conține și două termene de decădere, unul subiectiv, un an de la momentul fixat pentru depunerea raportului reglementat de art. 97 din Codul insolvenței, și altul obiectiv, anume 16 luni de la momentul deschiderii procedurii insolvenței. Atunci când un drept este supus unei condiții negative, după cum este cazul în ipoteza de față, condiția se consideră îndeplinită dacă este sigur că evenimentul respectiv nu se va produce. În lipsa unui termen, condiția nu se consideră îndeplinită decât atunci când este sigur că evenimentul nu se va produce [art. 1404 alin. (3) C.civ.]. Deducem de aici că exercitarea acțiunii de către comitetul creditorilor, respectiv de către creditorul majoritar ține de îndeplinirea condiției negative impuse de art. 118 alin. (2) din Codul insolvenței care, după cum am arătat se poate materializa prin două modalități: (i) trecerea termenului impus administratorului judiciar/lichidatorului pentru exercitarea acțiunii în anulare sau (ii) existența unei certitudini că administratorul judiciar/lichidatorul nu va formula acțiunea în anulare.

Prima modalitate de îndeplinire a condiției este ușor de determinat, întrucât vizează expirarea termenului de un an, respectiv de un an și patru luni. Astfel, în cazul în care expiră unul dintre aceste două termene, iar administratorul judiciar/lichidatorul a omis să formuleze acțiunea în anulare, condiția impusă de alin. (2) al art. 118 din Codul insolvenței se consideră îndeplinită, comitetul creditorilor, respectiv creditorul majoritar fiind în drept să formuleze acțiunea în anulare reglementată de art. 117 din Codul insolvenței.

Identificarea celei de-a doua modalități este mai dificil de făcut, deoarece este nevoie de existența unei certitudini că administratorul judiciar/lichidatorul nu va formula acțiunea în anulare. Această certitudine poate fi probată în fața judecătorului-sindic prin orice mijloc de probă permis de lege, inclusiv prin mărturisirea administratorului judiciar/lichidatorului provocată de judecătorul-sindic la solicitarea participanților la procedura insolvenței. Cu titlu de exemplu, menționăm că o asemenea manifestare de voință poate rezulta și din conținutul raportului privind cauzele ajungerii debitorului în stare de insolvență¹.

§2. Momentul până la care poate fi formulată cererea. Decăderea

Pentru a preveni prelungirea procedurii insolvenței și în vederea respectării unui termen optim și previzibil în care *in genere* procesul civil trebuie să se finalizeze, Codul insolvenței a instituit două termene de decădere² (art. 118 din Codul insolvenței), la expirarea cărora, dreptul subiectiv reprezentat de

¹ St.D. Cărpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 319.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 542; A. Buta, nota critică la decizia nr. 480/2011 a C.A. Timișoara, în C.J. nr. 5/2011, p. 254; N. Țândăreanu, Codul insolvenței adnotat. Noutăți, examinare comparativă și note explicative, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 203.

posibilitatea anulării actelor frauduloase se stinge. Intenția legiuitorului a fost aceea de a nu lăsa să se prelungească *sine die* posibilitatea formulării unei asemenea acțiuni, pe de o parte pentru a nu afecta stabilitatea raporturilor juridice și pe de altă parte pentru a împiedica tergiversarea procedurii insolvenței¹.

Astfel, momentul până la care titularii acțiunii pot formula cererea este reprezentat fie de expirarea termenului de **un an** de la epuizarea termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut la art. 97 din Codul insolvenței, fie în **16 luni** de la data deschiderii procedurii dacă de la acest moment până la termenul stabilit pentru întocmirea raportului s-au scurs mai mult de 4 luni².

Calificarea acestor termene de decădere nu întrunește unanimitatea la nivel doctrinar. Sunt autori³ care încă sunt de părere că termenul de un an este un termen de prescripție extinctivă, considerând astfel că este vorba despre un interval de timp stabilit pentru exercitarea unei acțiuni în justiție, care presupune un drept material la acțiune. În această opinie⁴, sancțiunea neexercitării în termen a dreptului material la acțiune nu poate fi decât prescripția extinctivă, considerându-se că decăderea nu poate privi dreptul la acțiune în justiție. Contraargumentul este oferit însă de textul art. 2550 C.civ. care tratează modalitatea în care poate fi invocată decăderea în fața instanțelor de judecată, făcând chiar trimitere la prevederile art. 2513 C.civ. care reglementează modalitatea în care

¹ C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 1040/09.06.2009, în Insolvența 2.

² În doctrina anterioară Legii nr. 85/2014 s-a exprimat opinia cu care nu suntem de acord, potrivit căreia termenul obiectiv (care în accepțiunea Legii nr. 85/2006 era de 18 luni, iar nu de 16 luni cum este în actuala reglementare) este un termen de recomandare întrucât ar viza perioada rezonabilă în care trebuie făcute verificările și introdusă acțiunea – I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, op. cit., 2006, p. 513.

³ I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, ed. a 4-a, op. cit. (www.legalis.ro); St.D. Cărpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, op. cit., p. 336.

⁴ St.D. Cărpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, op. cit., p. 336.

poate fi invocată excepția de prescripție extinctivă. În aceste condiții, atâta timp cât însăși legea indică regulile prin intermediul cărora se poate opune în fața instanței de judecată acest incident procedural numit decădere, susținerea potrivit căreia decădere nu poate privi dreptul material la acțiune, rămâne fără fundament.

Într-o altă opinie, extrem de criticabilă, termenul de un an este calificat drept termen de prescripție, iar termenul de 16 luni este considerat drept unul de decădere¹.

În vederea calificării celor două termene de decădere trebuie analizate și prevederile art. 2547 C.civ. potrivit cărora dacă din lege sau din convenția părților nu rezultă în mod neîndoielnic că un anumit termen este de decădere, sunt aplicabile regulile de la prescripție. Având în vedere că sancțiunea ce intervine în caz de decădere este mai drastică decât în cazul prescripției, anume pierderea dreptului subiectiv, este firesc ca termenele de decădere să fie stabilite de lege în mod univoc². La o primă citire a textului

¹ P. Pricope, *Procedura insolvenței. Acțiunea în anularea actelor frauduloase*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 23-24. Autorul consideră că primul termen este de prescripție, raportându-se la dreptul la acțiune în sens material, deci susceptibil de suspendări și întreruperi, eventual repunere în termen, pe când termenul de 16 luni este un termen de decădere raportându-se la componenta procedurală a dreptului la acțiune. În primul rând trebuie menționat faptul că un text de lege nu poate reglementa, cu titlu general, două termene cu natură juridică diferită, în interiorul cărora poate fi exercitată o acțiune. Fără o mențiune expresă în cuprinsul textului art. 118 din Codul insolvenței în sensul celor de mai sus, o asemenea interpretare ar contraveni normelor de tehnică legislativă (art. 34 din Legea nr. 24/2000 impune ca în limbajul normativ noțiunile ce fac obiectul reglementării se exprimă numai prin aceiași termeni). În aceste condiții, de vreme ce cele două termene (un an, respectiv 16 luni) sunt reglementate prin aceeași termeni, nu vor putea avea naturi juridice diferite. Totodată, dacă primul termen ar fi unul de prescripție, deci supus întreruperii, ar însemna că anterior expirării sale, terenul ar putea fi întrerupt și, deci, ar putea începe curgerea unui nou termen de un an, ipoteza în care s-ar ajunge la încălcarea termenului de 16 luni care în opinia aceluiași autor este un termen de decădere ce nu poate fi depășit.

² V. Terzea, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit.*, 2012, p. 2550.

art. 118 din Codul insolvenței s-ar putea spune că nu suntem în fața unei reglementări din care să rezulte în mod neîndoiește că termenele analizate sunt termene de decădere. Textul art. 2547 C.civ. nu face vorbire despre necesitatea calificării exprese a termenul de decădere, ci impune o reglementare din care să rezulte fără nicio îndoială că este vorba despre un termen de decădere. Or, întrucât vorbim despre exercitarea unui drept subiectiv al administratorului judiciar, respectiv al creditorilor de a încerca să reîntregească patrimoniul debitoarei, considerăm că aceste termene se încadrează perfect în definiția oferită de textul art. 2545 C.civ. În plus, mai trebuie observat faptul că momentul de la care încep să curgă termenele reglementate de art. 118 din Codul insolvenței nu au nicio legătură cu momentul încheierii actului a cărui anulare este solicitată. Este de esență începutului cursului prescripției extinctive ca acesta să fie legat de momentul încheierii actului, respectiv de cel al scadenței drepturilor și a obligațiilor pe care le conferă. Cum termenele înăuntrul cărora poate fi exercitată acțiunea de la art. 117 din Codul insolvenței sunt decuplate de momentul încheierii actelor clamate a fi frauduloase, în mod cert nu poate fi vorba despre termene de prescripție ci, de termene de decădere.

În vederea stabilirii regimului juridic al acestor termene pe care le-am catalogat a fi de decădere, trebuie stabilit caracterul lor, anume sunt termene de decădere de drept material sau sunt termene de decădere de drept procesual¹. Formularea unei cereri de chemare în judecată, cum este cazul acțiunii în anulare a actelor frauduloase nu este expresia materializării unui drept procesual, ci

¹ În jurisprudența anterioară considerăm că s-a reținut în mod eronat caracterul procedural al decăderii: „faptul că administratorul/lichidatorul judiciar ar putea solicita, în condițiile prevăzute de art. 103 alin. (2) C.proc.civ. (1865), repunerea numai în termenul de un an, nu și în cel de 18 luni, căci acesta are caracterul unui termen limită, înăuntrul căruia acțiunea în anularea unui transfer patrimonial fraudulos trebuie promovată, iar legea a instituit un termen limită pentru asigurarea securității circuitului civil” – C.A. București, Secția a VI-a comercială, decizia nr. 403/15.03.2007, în Insolvența 2.

este expresie a materializării unui drept subiectiv civil, anume reîntregirea patrimonială a debitorului.

În aceste condiții opinăm în sensul că termenele reglementate de textul art. 118 din Codul insolvenței, înăuntrul cărora poate fi exercitată acțiunea în anularea actelor frauduloase sunt termene de decădere de drept civil, material¹.

Secțiunea a 4-a. Condițiile formulării acțiunii în anulare

Cu titlu prealabil, trebuie menționat faptul că, odată investit cu o acțiune în anularea unor acte frauduloase de constituire sau de transfer cu caracter patrimonial, judecătorul-sindic este obligat ca din oficiu să dispună notarea litigiului în registrele de publicitate aferente (dacă este vorba despre bunuri imobile notarea se va face la cartea funciară, dacă este vorba despre bunuri mobile se va dispune notarea în Arhiva Electronică, dacă este vorba despre acțiuni sau părți sociale se va dispune notarea la registrul Comerțului, respectiv în registrul acționarilor etc.). Judecătorul-sindic are o responsabilitate foarte mare cu privire la îndeplinirea notării din oficiu a acestui tip de acțiune în registrele de publicitate, omisiunea în această privință având valența de a crea serioase prejudicii creditorilor în ipoteza în care cocontractantul înstrăinează mai departe bunul ce face obiectul acțiunii, în încercarea de a-l ascunde de masa credală.

Ca efect al notării litigiului în registrele de publicitate titlurile obținute, respectiv drepturile de preferință dobândite asupra bunului respectiv vor fi condiționate extinctiv de admiterea acțiunii reglementate de art. 117 din Codul insolvenței. Pe cale de conse-

¹ Decăderea este acea sancțiune de drept civil ce constă în stingerea dreptului subiectiv neexercitat în termenul stabilit de lege sau de părți, termen cunoscut sub numele de termen „prefix” sau de „forcluziune”. Sancțiunea decăderii va opera indiferent de culpa titularului său. V. Terzea, în *Fl.A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, p. 2549.*

cință, măsura instituirii sechestrului judiciar în vederea conservării bunului nu se justifică, în contextul în care nu există pericolul înstrăinării bunului și nici al deteriorării acestuia¹.

Textele art. 117 din Codul insolvenței reglementează două tipuri de acțiuni, clasificate în funcție de necesitatea demonstrării existenței unei fraude în dauna creditorilor.

O primă condiție de exercitare a acțiunii reglementate de art. 117 și urm. din Codul insolvenței este reprezentată de necesitatea existenței **unui act juridic încheiat de debitoare**. Nu vor putea fi criticate pe calea acțiunii în anulare specifice procedurii insolvenței omisiunile debitoare, fie ele frauduloase sau nu².

În altă ordine de idei, este necesar ca actul juridic în cauză să privească **înstrăinarea unui bun**, respectiv drept patrimonial al debitorului. Noțiunea de bun (bunuri mobile sau imobile, corporale sau necorporale, privite individual sau ca universalități) la care face referire art. 117 din Codul insolvenței se regăsește în noțiunea de fond de comerț definit ca ansamblu de bunuri mobile și imobile, corporale și necorporale (mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial) pe care un comerciant le afectează desfășurării activității sale în scopul atragerii clientelei și obținerii de profit³.

Noțiunea de fraudă în dauna creditorilor nu a primit în reglementarea Codului insolvenței o definiție, motiv pentru care va trebui să apelăm, prin mecanismul pus la dispoziție de art. 1 alin. (2) C.civ. la dispozițiile legale ce reglementează situații similare – în speță la prevederile art. 1562 C.civ. ce reglementează acțiunea revocatorie. În aceste condiții reținem cu titlu de definiție că actele juridice încheiate de debitor în fraudă creditorilor sunt acelea prin care *debitorul își creează sau își mărește starea de insolvență*⁴.

¹ Trib. Gorj, Secția comercială, sentința nr. 997/14.07.2009, în Insolvența 2.

² P.J.M. Declercq, op. cit., p. 137.

³ C.A. Craiova, Secția a II-a civilă, decizia nr. 138/30.01.2012, în B.C.A. nr. 5/2012, p. 28.

⁴ Textul art. 1562 C.civ. face vorbire despre starea de insolvabilitate.

De plano este necesar a menționa însă că demonstrarea fraudei în dauna creditorilor nu presupune existența unei rele-credințe din partea debitorului sau a cocontractantului său¹. În cazul în care cocontractantul sau subdobânditorul sunt de rea-credință, prevederile art. 117-122 din Codul insolvenței reglementează un regim juridic diferit, sancționator, creanțelor pe care aceștia le dobândesc în contra debitorului ca urmare a admiterii acțiunii în anulare². Reaua-credință sau cauza ilicită³, respectiv urmărirea provocării unor pagube creditorilor, nu reprezintă o condiție de admisibilitate a acțiunii în anulare a actelor frauduloase, după cum probarea bunei-credințe nu se poate constitui într-un argument în sensul respingerii acesteia⁴. Astfel, nu va fi necesară probarea existenței unei înțelegeri frauduloase, fiind necesară, sub acest aspect, exclusiv demonstrarea prejudicierii creditorilor⁵. Titularul acțiunii va trebui să dovedească, astfel cum o impun prevederile art. 117 din Codul insolvenței, exclusiv încheierea actului în perioada suspectă și fraudarea intereselor creditorilor prin ruperea egalității dintre aceștia.

¹ V. Soc., 21.02.2006, no 04-40.062, inedit no 437 F-D, obs. Ph. Roussel Galle, Gazette des Procédures Collectives nr. 2/2006, p. 42.

² Art. 120 alin. (3), respectiv art. 121 alin. (1) din Codul insolvenței impun terților cocontractanți, respectiv subdobânditorilor de rea-credință recuperarea creanțelor de pe penultima poziție a ordinii de preferință – conform art. 161 pct. 10 lit. a) din Codul insolvenței.

³ C.A. Obancia, op. cit., p. 193.

⁴ În sens contrar, a se vedea A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 494. Autorii consideră că în vederea anulării unui act fraudulos este necesară demonstrarea existenței unui element subiectiv care presupune ca debitorul să fi încheiat actul având cunoștință de faptul că aduce atingere drepturilor creditorilor.

Cu privire la necesitatea demonstrării caracterului ilicit al cauzei în vederea admisibilității acțiunii în anularea reglementate de art. 117 din Codul insolvenței, a se vedea St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 318. În același sens, a se vedea S. Szabo, Admisibilitatea extinderii prezumției de fraudă în procedura insolvenței, în P.R. nr. 1/2007, p. 222.

⁵ C.A. Pitești, Secția comercială, decizia nr. 805/09.06.2010, în B.C.A. nr. 3-4/2010, p. 76-77.

În categoria acțiunilor în care **frauda în dauna creditorilor trebuie demonstrată** intră cele reglementate de art. 117 alin. (1) și art. 117 alin. (4) din Codul insolvenței. Reclamantul trebuie să demonstreze că actele încheiate de debitoare sunt frauduloase pentru creditori și încalcă principiul egalității¹ de care trebuie să se bucure aceștia. Această concluzie se desprinde din textele legale citate care vorbesc despre „anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor”.

Prezumția relativă de fraudă în dauna creditorilor vizează exclusiv actele enumerate la art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței. În sistemul de drept francez, această categorie de tranzacții este clasificată drept cea a nulităților de drept².

În plus, art. 122 alin. (4) reglementează un caz suplimentar în care prezumția de fraudă se păstrează, și anume atunci când prin abuz de drepturi procesuale, debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenele la care se referă art. 117 din Codul insolvenței. La o primă vedere, textul pare să vizeze toate cazurile reglementate de art. 117, inclusiv cele de la alin. (1). Analizând însă mai în profunzime textul art. 122 alin. (4) din Codul insolvenței se observă că norma în cauză vizează ipotezele în care legiuitorul reglementase deja prezumția de fraudă, anume ipoteza de la art. 122 alin. (3) care instituie prezumția de fraudă doar în privința motivelor reglementate de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței.

În aceste condiții, reținem că dacă debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii insolvenței, prin abuzuri de drept procesual, în vederea evitării includerii anumitor acte în sfera de reglementare a art. 117 alin. (2) pentru care este instituită și prezumția relativă de fraudă în dauna creditorilor, prezumția de fraudă ce activează în favoarea titularului acțiunii în anulare se va menține, sub condiția ca actul să nu fi fost încheiat cu depășirea inclusiv a termenului de 2 ani reglementat de art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței. Odată depășit termenul de 2 ani este lipsit de

¹ Art. 4 pct. 4 din Codul insolvenței – asigurarea unui tratament egal al creditorilor de același rang.

² A. Jacquemont, op. cit., p. 342.

relevanță dacă joacă sau nu prezumția de fraudă în condițiile în care acțiunea în anulare nu mai poate fi exercitată, lipsindu-i condiția premisă, anume obiectul să fie reprezentat de un act încheiat în ce doi ani anteriori momentului deschiderii procedurii¹. În ipoteza în care legiuitorul ar fi dorit ca întârzierea deschiderii procedurii să vizeze și actele încheiate anterior celor doi ani de la momentul deschiderii procedurii, nu s-ar fi referit doar la menținerea prezumției de fraudă [specifică doar în privința cazurilor reglementate de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței].

Acțiunea în anularea constituirilor ori a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și pentru restituirea de către acția a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de debitor prin actele enumerate limitativ în art. 117 alin. (2) lit. a)-g) din Codul insolvenței, se bucură, la nivel probator, de prezumția relativă de fraudă în ceea ce-l privește pe debitor. Această prezumție poate fi răsturnată prin orice mijloc de probă și, după cum am arătat, nu operează și în privința terților cocontractanți sau a subdobânditorilor.

Existența unui prejudiciu nu se constituie într-o condiție de admisibilitate a acțiunii în anularea actelor frauduloase². Textele de lege ce reglementează acest tip de acțiune nu conțin nicio prevedere care să impună o astfel de condiție. Spre deosebire de

¹ Într-o opinie contrară, s-a reținut că textul art. 122 alin. (4) din Codul insolvenței vizează ipotezele în care debitorul a reușit să tergiverseze deschiderea procedurii, astfel că data încheierii actului rămâne în exteriorul perioadelor de timp prevăzute de art. 117 din Codul insolvenței. Prin caracterul general al afirmațiilor, în mod cert autorii vizează și termenul de doi ani reglementat de art. 117 alin. (1) din același act normativ – *St.D. Cărpénaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat*, op. cit., p. 350. În același sens, a se vedea *A. Buta, A. Deli-Diaconescu*, în *R. Bufan (coord.)*, op. cit., p. 546; *I. Adam, C.N. Savu*, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, op. cit., 2007, p. 524; *P. Pricope*, *Procedura insolvenței. Acțiunea în anularea actelor frauduloase*. Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 106-107.

² *A. Lienhard*, *Procedures collectives*, op. cit., 2009, p. 439-440; *R. Mangano*, *La revocatoria fallimentare delle attribuzioni indirette*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 12.

acțiunea în atragerea răspunderii persoanelor ce au contribuit la apariția stării de insolvență (art. 169 din Codul insolvenței), în vederea exercitării acțiunii reglementate de art. 117 din Codul insolvenței nu va fi necesară probarea insuficienței activului în vederea acoperirii creanțelor¹. Acțiunea în anularea actelor frauduloase este independentă de îndeplinirea unei astfel de condiții, fiind subsumată în mod direct principiului maximizării gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor, ce se constituie în primul și cel mai important principiu al procedurii insolvenței (art. 4 pct. 1 din Codul insolvenței).

Interesul în demararea unei acțiuni întemeiate pe prevederile art. 117 și urm. din Codul insolvenței trebuie totodată subordonat specificului concursal și colectiv al procedurii insolvenței. Scopul declarat de legiuitor al acestei acțiuni nu este acoperirea pasivului sau a unei părți din acesta (astfel cum o fac prevederile art. 169 din Codul insolvenței – acțiunea în atragerea răspunderii), ci are menirea de a sancționa ruperea echilibrului și a egalității dintre creditori și bincînțele, atunci când este posibil, acordarea unei șanse reale debitorului de reorganizare în ipoteza în care în perioada imediat anterioară deschiderii procedurii au fost înstrăinate activele ce reprezentau mijloacele de producție.

Concluzionând, reținem că acțiunea în reîntregire a patrimoniului societății debitoare nu este condiționată de dovedirea insuficienței activului², întrucât legiuitorul dă posibilitatea

¹ A fost emisă și teoria pe care nu o împărtășim conform căreia este necesară probarea faptului că din cauza încheierii actului supus acțiunii în anulare au scăzut șansele satisfacerii creanțelor creditorilor – St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 277. Sancțiunea nulității (inclusiv cea specială, specifică procedurii insolvenței) nu se poate confunda cu răspunderea pentru producerea unui prejudiciu. Nulitatea intervine pentru nerespectarea condițiilor legale pe care trebuie să le îndeplinească actul juridic, în vreme ce răspunderea civilă delictuală (categorie în care este inclusă și acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței) necesită probarea existenței unui prejudiciu.

² În sens contrar, a se vedea C.A. București, decizia nr. 588/2013, apud A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 507.

promovării unei astfel de acțiuni pentru a preîntâmpina manevrele frauduloase de natură a diminua activul societății debitoare¹.

§1. Acte scoase din sfera acțiunii în anulare

În ipoteza în care starea de insolvență este iminentă sau instalată, debitorul are, după caz, facultatea sau obligația de a solicita deschiderea procedurii insolvenței. Acest aspect nu determină însă *de plano*, incidența sancțiunii anulării actelor întemeiată pe prevederile art. 117 și urm. din Codul insolvenței atâta timp cât debitorul nu a făcut altceva decât să deruleze operațiuni ce intră în sfera activităților curente, în sensul definit de art. 5 pct. 2 din Codul insolvenței².

Art. 119 din Codul insolvenței limitează sfera actelor supuse acțiunii în anulare, prin eliminarea de la aplicarea prevederilor art. 117 din Codul insolvenței a transferurilor cu caracter patrimonial făcute de către debitor în cursul desfășurării normale a **activității sale curente**. Activitățile curente reprezintă acele activități de producție, comerț sau prestări de servicii și operațiuni financiare, în cursul normal al activității sale, cum ar fi: (i) încheierea de contracte conform obiectului de activitate; (ii) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora; (iii) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente (art. 5 pct. 2 din Codul insolvenței).

Vechiul art. 82 din Legea nr. 85/2006, spre deosebire de actuala reglementare – art. 119 din Codul insolvenței – se limita la anularea transferurilor de drepturi patrimoniale, cu toate că

C.A. București a apreciat că acțiunea în anulare a actelor frauduloase este lipsită de interes față de împrejurarea că programul de plăți aferent planului de reorganizare dispune acoperirea întregului pasiv. Această hotărâre este criticabilă intrucât ține de esența procedurii insolvenței, maximizarea gradului de valorificare a activelor (art. 4 pct. 1 din Codul insolvenței). În plus, întoarcerea activelor în patrimoniul debitoarei va crește în mod consistent șansele de reușit a planului de reorganizare.

¹ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 506.

² Idem, p. 499.

acțiunea în anulare poate avea ca țintă atât transferul, cât și constituirea de drepturi patrimoniale¹. Actuala reglementare nu mai face această distincție, exceptând din sfera de reglementare a art. 117 din Codul insolvenței atât constituirile, cât și transferurile făcute de debitor în cursul desfășurării normale a activității sale curente.

Identificarea actelor exceptate de la acțiunea în anulare se va face de la caz la caz, în funcție de specificul afacerii debitorului. Astfel, va trebui să se facă o analiză a obiectului său de activitate, a afacerilor derulate în mod obișnuit, pentru a determina care sunt actele ce exced sferei de reglementare a acțiunii în anulare. Au fost evocate² o serie de criterii în funcție de care se poate analiza tipicul actelor ce intră în categoria celor reglementate de art. 119 din Codul insolvenței: de experiența debitorului, de tipul său de afacere (prefigurat de obiectul sau de activitate statutar), de limitele specialității capacității de folosință, de piața pe care acționează, de liceitatea sau iliceitatea activității sale etc. Cu titlu de exemplu se arată că o vânzare de active imobiliare ale societății care produce oțel nu reprezintă o activitate normală, dar dacă vânzarea se face pentru a reloca fabrica din centrul unui oraș în afara sa, din rațiuni ecologice și de legislație a mediului, atunci această vânzare este normală și nu va putea fi anulată.

Într-o altă opinie s-a reținut că actele încheiate în cursul activității curente a debitorului sunt acelea prin care a fost derulată o activitate conformă obiectului de activitate, orice acte de încasare sau plăți privitoare la activități de realizare ale obiectului de activitate, precum și orice acte sau operațiuni prin care a avut loc finanțarea capitalului de lucru necesar derulării activității de zi cu zi³.

O altă excepție de la aplicarea prevederilor art. 117 din Codul insolvenței este reglementată prin O.G. nr. 9/2004 privind unele contracte de garanție financiară. Acest act normativ a fost edictat

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 415.

² Idem, p. 416.

³ Black's Law Dictionary 1209 (9th ed., 2009), apud A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 498.

în vederea armonizării legislației interne cu aquis-ul comunitar, în perioada de preaderare la Uniunea Europeană și a vizat implementarea Directivei 47/2002/CE. În preambulul acestui act comunitar, a fost indicat faptul că pentru a consolida certitudinea juridică a contractelor de garanție financiară, statele membre ar trebui să se asigure că anumite dispoziții ale legislației în domeniul insolvenței nu se aplică unor astfel de contracte, în special cele care ar împiedica executarea efectivă a garanției financiare sau ar genera dubii asupra validității tehnicilor curente, precum compensarea cu exigibilitate imediată sau constituirea unor garanții sub forma garanțiilor complementare ori de înlocuire a garanției.

Implementând această Directivă, art. 11 din O.G. nr. 9/2004 a stabilit că **nu pot fi declarate nule, anulabile sau lipsite de efecte** contractele de garanție financiară, precum și punerea la dispoziție a garanțiilor financiare în baza unui asemenea contract numai pe motiv că acestea au fost încheiate sau garanțiile financiare au fost puse la dispoziție în următoarele condiții:

(i) în ziua începerii măsurii de reorganizare sau procedurii de lichidare împotriva furnizorului garanției sau a debitorului obligației financiare garantate, dar înaintea pronunțării deciziei sau ordinului prin care a început această măsură/procedură;

(ii) în cursul unei perioade de timp determinate, anterioară datei începerii măsurii de reorganizare sau procedurii de lichidare împotriva furnizorului garanției financiare sau a debitorului obligației financiare garantate, perioadă stabilită potrivit dispozițiilor legale care reglementează aceste măsuri/proceduri în raport cu această dată ori în raport cu momentul pronunțării oricărei decizii sau ordin ori al întreprinderii oricărui act în legătură cu o astfel de măsură sau procedură ori în cursul acestora.

Nu toate actele pe care le încheie debitoarea pot fi însă calificate drept constituirii sau transferuri patrimoniale. Spre exemplu încheierea unui contract în baza căruia părțile să-și asume doar obligația de a perfecta în viitor un contract de vânzare-cumpărare, fără ca prin acea convenție să se transmită și dreptul de proprietate nu va putea face obiectul acțiunii în anulare. **Promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare** este un antecontract, care dă naștere unei obligații de a face, ambele părți contractante putând

cere ulterior încheierea contractului de vânzare-cumpărare proiectat. Ea nu are caracter translativ de proprietate, ci dă naștere numai obligației de a se transmite proprietatea bunului în viitor, astfel încât prevederile art. 117 și urm. din Codul insolvenței nu îi sunt aplicabile¹. Prin urmare, în contextul în care contractul de vânzare-cumpărare în formă autentică nu se încheie din culpa promitentului cumpărător, debitor ajuns ulterior în stare de insolvență, reținerea de către promitentul cumpărător a sumei reprezentând avans/preț are loc în temeiul clauzei penale prevăzute în antecontractul de vânzare-cumpărare și nu constituie o prestație a debitorului care depășește vădit pe cea primită².

Pornind de la aceeași premisă, hotărârile AGA ale debitoarei nu pot face obiectul acțiunii reglementate de art. 117 și urm. din Codul insolvenței întrucât nu această categorie de acte juridice, specifică dreptului societar, nu poate fi asimilată unor constituiri sau transferuri de drepturi patrimoniale. Împotriva unei hotărâri a adunării generale a asociaților de reducere a capitalului social există cu totul alte mijloace puse la îndemna celor interesați. Doar dacă respectiva hotărâre ar fi fost urmată de un transfer al unor active, printr-un contract, s-ar fi putut vorbi de aplicabilitatea art. 117 și urm. din Legea nr. 85/2006, dar și atunci doar în privința contractului, al actului juridic bilateral, iar nu în privința validității hotărârii adunării generale a asociaților, care putea fi controlată exclusiv prin prisma regulilor în materie de drept societar³.

¹ C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 909/21.10.2008, în Insolvența 2.

² C.A. Craiova, Secția a II-a civilă, decizia nr. 206/13.02.2012 (www.legalis.ro); C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 909/21.10.2008, în B.C.A. nr. 1/2009, p. 19.

³ C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 346/22.02.2011 (www.legalis.ro). În sens contrar, a se vedea A. Buta, Nota critică la C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 346/22.02.2011, în C.J. nr. 4/2012, p. 214. Speța analizată viza o hotărâre AGA de majorare a capitalului social cu un bun ce a aparținut debitoarei.

§2. Perioada suspectă

Perioada suspectă este intervalul de timp de dinainte de deschiderea procedurii insolvenței, când insolvența este iminentă sau actuală¹. Tocmai datorită potențialului ridicat de fraudă în dauna creditorilor legiuitorul a pus la îndemâna anumitor participanți la procedură acțiunea în anulare care însă va putea fi exercitată exclusiv împotriva actelor ce au fost încheiate în această perioadă suspectă.

Textul art. 117 din Codul insolvenței reglementează două categorii de perioade suspecte²: (i) perioada suspectă generală, de doi ani anteriori deschiderii procedurii; (ii) perioada suspectă specială, de 6 luni anterior deschiderii procedurii insolvenței.

De plano trebuie menționat că termenele ce definesc perioada suspectă (2 ani, respectiv 6 luni), nu trebuie confundate cu termenele de decădere institute de art. 118 alin. (1) din Codul insolvenței (un an, respectiv 16 luni).

Pe de o parte termenele ce definesc perioada suspectă ar putea fi calificate drept **termene de prescripție**. O asemenea calificare ar fi aptă să genereze un regim juridic diferit acțiunii în anulare decât cel urmărit de legiuitor, întrucât s-ar putea ajunge la ipoteza depășirii perioadei suspecte, prin întreruperea termenului de prescripție.

Pe de altă parte, încheierea actelor în perioada suspectă poate reprezenta o **condiție de admisibilitate a acțiunii în anularea actelor frauduloase**. Înclinăm spre această ultimă variantă întrucât perioada suspectă nu identifică intervalul de timp în care poate fi exercitat dreptul material la acțiune, respectiv perioada în care poate fi exercitat un drept subiectiv civil. Cu ajutorul perioadei suspecte pot fi identificate actele care pot face obiectul acțiunii în anulare reglementate de art. 117 din Codul insolvenței. Aceasta este rațiunea pentru care considerăm că îndreptarea unei acțiuni în anulare împotriva unui act ce și-a produs efectele în afara perioadei

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 538.

² A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), *op. cit.*, p. 545-546.

suspecte, va trebui sancționată cu inadmisibilitatea întrucât vizează neîndeplinirea unei situații premisă a acțiunii în anularea actelor frauduloase.

O situație atipică poate surveni în ipoteza în care actele sau operațiunile frauduloase îmbracă specificul **contractelor cu prestații succesive**. Cu alte cuvinte, va putea face obiectul unei acțiuni în anulare o tranzacție cu prestări succesive ce a fost încheiată cu mai mult de doi ani de la momentul deschiderii procedurii insolvenței și care își produce efectele în mod succesiv. Mai mult, poate face obiectul unei acțiuni în anulare un act juridic ce a fost reînnoit, respectiv modificat prin intermediul unor acte adiționale?

Răspunsul este unul afirmativ și pleacă de la terminologia folosită de textul art. 117 din Codul insolvenței. În ipoteza în care legiuitorul ar fi dorit să limiteze actele ce pot face obiectul acțiunii în anulare exclusiv la cele încheiate în perioada suspectă, ar fi folosit acest termen în textele legale. În schimb, din câte se poate observa, în conținutul art. 117 alin. (1) nu se face vorbire despre încheiere efectuare naștere etc., ci textul de lege face vorbire despre „*anularea actelor sau operațiunilor frauduloase ale debitorului în dauna drepturilor creditorilor, în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii*”. În privința actelor indicate la alin. (2), textul de lege folosește termenul de operațiuni sau acte „*efectuate*”. Potrivit DEX-ului, a efectua = a face, a realiza, a împlini; a îndeplini, a executa. În cazul de față, întrucât textul legal nu folosește termenul de acte încheiate, rezultă că în determinarea perioadei suspecte nu trebuie să se țină cont de momentul încheierii actelor în cauză, ci de **momentul în care își produc efectele**¹.

¹ În sens contrar, a se vedea A. Buta, Anularea actelor frauduloase în procedura insolvenței, op. cit., p. 39. Autoarea consideră, că rațiunea legiuitorului este aceea de a nu fi depășite termenele astfel instituite, în sensul că orice act aparent fraudulos, dar încheiat la o dată mai îndepărtată de maximul duratei de timp în care legea o încadrează nu va putea fi atacat pe această cale. Concluzia astfel formată este din punctul nostru de

În aceste condiții, considerăm că termenul de doi ani, respectiv cel de 6 luni trebuie să se raporteze la momentul producerii efectelor actului juridic. Astfel, titularii acțiunii vor fi în drept să solicite anularea actelor cu prestații succesive, respectiv a celor reînnoite sau modificate și restituirea prestațiilor ce se încadrează în termenul de doi ani, respectiv cel de 6 luni anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței.

Poate fi cazul unui contract de fideiuziune (încheiate de exemplu cu titlu gratuit de către debitoare), atașat unui contract de credit. Astfel, chiar dacă contractul de fideiuziune s-a încheiat în afara perioadei suspecte, titularii acțiunii în anulare vor putea solicita anularea fideiuziunii pentru viitor și, dacă este cazul, restituirea prestațiilor ce se încadrează în această perioadă.

§3. Acțiunea în anulare reglementată de art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței

3.1. Aspecte generale

Recent s-a apreciat faptul că reformularea textului acțiunii în anulare, în maniera înglobării într-un singur articol a reglementării, înlătură discuțiile privitoare la existența unei sau a două categorii de acțiuni (una întemeiată pe art. 79, iar alta pe art. 80 din Legea nr. 85/2006, *n.n.*), considerându-se că sunt prezentate în mod exemplificativ categoriile de acțiuni care pot fi exercitate în cadrul general al acțiunii în anulare a actelor frauduloase¹. Din contră, după cum urmează să arătăm, considerăm că ne aflăm în fața a două categorii distincte de acțiuni în anulare ce sunt diferențiate, *pe de o parte* de prezumția relativă de fraudă de care beneficiază cazurile reglementate la art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței, iar *pe de altă parte*, de momentele temporale diferite în care actele în cauză au fost încheiate – 2 ani pentru cele

vedere eronată întrucât face uz de un termen care nu este folosit în textul art. 117 din Codul insolvenței – act fraudulos „încheiat”.

¹ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 499.

reglementate la art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței, respectiv 6 luni pentru cele reglementate de art. 117 alin. (2) lit. b), d)-f) din același cod. Astfel, din formularea textului legal se desprinde concluzia că art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței reglementează regimul juridic general aplicabil actelor încheiate în fraudă creditorilor, care nu pot fi încadrate în prevederile speciale ale art. 117 alin. (2) și (4) din Codul insolvenței, putând astfel vorbi despre o relație gen-specie între cele două seturi de norme – prevederile art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței au un raport de subsidiaritate față de cele de la alin. (2) și (4), fiind relevant în acest sens adagiul latin *specialia generalibus derogant*¹.

Sunt situații în care, deși actele supuse acțiunii în anulare se circumscriu faptelor descrise de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței, ele nu respectă condiția temporală [anume efectuarea în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii pentru faptele descrise la lit. b), d), e) și f)]. În această ipoteză, dacă actele în cauză au fost totuși efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, ele vor putea fi supuse acțiunii în anulare reglementate de art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței, titularul acțiunii fiind dator a proba fraudă în dauna creditorilor.

În cazul acțiunii în anulare întemeiate pe prevederile art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței, caracterul fraudulos al actului trebuie probat. Astfel, va fi necesară probarea ruperii egalității între creditori, principiu evocat de art. 4 pct. 4 din Codul insolvenței, deoarece acordarea unui tratament preferențial unora dintre ei în perioada suspectă echivalează cu existența unei fraudări în sensul prevederilor art. 117 din Codul insolvenței. După cum am arătat deja, art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor doar în privința faptelor reglementate de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței, ceea ce face ca în privința faptelor reglementate de art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței această prezumție să fie inoperantă, titularul acțiunii în anulare fiind dator să probeze fraudă în dauna creditorilor.

¹ St.D. Cărpenu, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 319.

Doctrina a identificat în noțiunea de fraudă, trei tipuri ale acesteia: (i) *frauda de re ad rem*, cea comisă de o parte contractantă în dauna celeilalte; (ii) *frauda de re ad tertium* sau *de persona ad personam*, comisă de părțile contractului cu scopul de a frauda terții și (iii) *fraus legis*, anume fraudarea legii¹. Din moment ce fraudă specifică acțiunii în anulare este cea care vizează interesele creditorilor, adică a terților, aparent, se poate afirma că acțiunea în anulare specifică proceduri insolvenței vizează numai actele încheiate în scopul de a fraudă terții creditori. Cu toate aceste, după cum bine s-a arătat în doctrină², și **frauda la lege** poate face obiectul acțiunii în anulare, deoarece creditorii în procedura insolvenței sunt și instituțiile bugetare. În acest caz fraudă la lege cu fraudarea intereselor terților se confundă.

În vederea demonstrării existenței unei fraude în dauna creditorilor, trebuie mai întâi de toate probarea conștientizării de către debitor a existenței unei stări precare din punct de vedere financiar. Fraudă ce trebuie demonstrată implică exact acest element subiectiv al conștientizării existenței situației de încetare de plăți și favorizarea conștientă sau nu, a unuia sau mai multor creditori, prin încheierea de acte juridice care îi lezează pe restul creditorilor. Pentru a demonstra existența fraudei nu va fi suficientă însă existența unei situații dificile din punct de vedere financiar, existența unui anumit grad de risc că în viitor se va putea ajunge la o încetare de plăți, respectiv aflarea ulterior momentului încheierii actelor atacate, de starea de încetare de plăți. În schimb, cunoașterea existenței unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței formulate de un alt creditor va trebui să fie considerată drept conștientizare a stării de încetare de plăți și, implicit, ca reprezentând o dovadă a fraudei³.

În egală măsură fraudă trebuie să determine o stare de inegalitate între creditori, prin crearea unor avantaje în detrimentul celorlalți creditori. Această stare de egalitate trebuie să fie

¹ I. Schian, Regimul juridic al insolvenței comerciale, Ed. All Beck, București, 2001, p. 145-146.

² Idem, p. 146.

³ C.A. Paris, 13.09.1994, D. 1994, în R.J.D.A. nr. 1370/1994, p. 237.

analizată înăuntrul fiecărei clase de creditori. Astfel, nu se poate considera că sunt lezate drepturile creditorilor dacă se dovedește că scopul contractului de vânzare a unor bunuri din patrimoniul debitoarei înainte de deschiderea procedurii insolvenței a fost redresarea financiară a debitoarei și acoperirea creanțelor către creditorii garantați cât timp s-au vândut bunuri afectate de sarcini cu acordul A.G.A. și al creditorilor ipotecari¹.

Acțiunea întemeiată pe prevederile art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței vizează orice act juridic încheiat prin fraudarea intereselor creditorilor, în timp ce acțiunea reglementată de art. 117 alin. (4) din Codul insolvenței are ca obiect o serie de operațiuni, enumerate în mod limitativ care, odată demonstrate ca fiind realizate în dauna creditorilor, sunt supuse anulării.

Astfel, fac obiectul acțiunii în anulare reglementate de art. 117 alin. (4) din Codul insolvenței operațiunile pe care debitoarea le realizează: a) cu un asociat comanditat sau cu un asociat deținând cel puțin 20% din capitalul societății ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților, în situația în care debitorul este acea societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată; b) cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un grup de interes economic; c) cu un acționar deținând cel puțin 20% din acțiunile debitorului ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acționarilor, în situația în care debitorul este respectiva societate pe acțiuni; d) cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acțiuni cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă; e) cu orice altă persoană fizică ori juridică, deținând o poziție de control asupra debitorului sau a activității sale; f) cu un coproprietar sau proprietar devălmaș asupra unui bun comun; g) cu soțul, rudele sau afinii până la gradul al patrulea inclusiv, ai persoanelor fizice enumerate la lit. a)-f).

O situație atipică poate surveni în ipoteza în care obiect al acțiunii în anularea actelor frauduloase o face chiar o creanță

¹ C.A. Cluj, decizia nr. 9727/23.11.2012 (www.legalis.ro); Trib. Vrancea, Secția comercială, sentința nr. 76/28.02.2007, în Insolvența 2.

înscrisă în tabelul de creanțe. În această ipoteză se poate pune problema existenței autorității de lucru judecat în privința existenței creanței, dat fiind faptul că înregistrarea creanței în tabel nu a fost atacată în termenul legal (7 zile de la publicarea în BPI)¹.

Este esențial ca actul supus acțiunii în anulare să reflecte voința debitorului sau adeziunea sa la un contract. Lipsa caracterului volitional cu privire la actul ce face obiectul acțiunii reglementate de art. 117 din Codul insolvenței îl face incompatibil cu procedura anulării actelor frauduloase. Un astfel de exemplu este procedura executării silit².

3.2. Tipuri de tranzacții ce pot fi anulate prin mecanismul pus la îndemână de prevederile art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței

3.2.1. Constituirea unei ipoteci asupra unei universalități de bunuri (art. 2357 C.civ.) – *floating charges*³

Constituirea unei ipoteci asupra unei universalități de bunuri – *floating charges* după cum este denumită în dreptul anglosaxon – poate fi catalogată drept tranzacție frauduloasă, în dauna creditorilor. Astfel, dacă anterior deschiderii procedurii insolvenței debitoarea avea constituită o garanție cristalizată, a cărei întindere era determinată cu exactitate, iar banca, conștientă fiind de dificultățile financiare pe care le traversează societatea, solicită și obține garanții suplimentare, ce se vor putea extinde până la întreaga universalitate de bunuri ale debitoarei, cu alte cuvinte o ipotecă asupra tuturor bunurilor debitoarei, ne vom afla în fața unei fraude în dauna celorlalți creditori, deoarece banca dobândește un avantaj nejustificat în fața celorlalți creditori. Bineînțeles că debitorul, de cele mai multe ori, nu are cum să nu accepte o astfel

¹ A. Martin Stef, *Irecevabilite d'une demande d'annulation pour cause de la chose jugée*, în RTD com. nr. 4/2011, p. 800.

² Pentru mai multe detalii, a se vedea *infra*, p. 283.

³ FL Memo, *Company Law*, London, 2011, FL Memo Limited, p. 946.

de garanție întrucât în lipsa finanțării, societatea s-ar afla în încetare de plăți.

Este adevărat însă că ipoteca asupra unei universalități de bunuri nu conferă aceeași protecție creditorului, precum cea generată de ipoteca constituită asupra unui bun concret. Acest aspect este relevat de art. 160 alin. (1) Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Cod civil care stabilește că odată ieșite din universalitate, elementele întregului nu mai sunt grevate de ipotecă. Acest mecanism permite debitorului o libertate sporită în administrarea elementelor proprii universalității de fapt constituită în scopul creditării, prin încheierea actelor de dispoziție asupra acestor bunuri pentru a obține noi fonduri, dar va exista riscul potențial pentru creditor de a-și vedea garanția astfel diminuată, acesta neputând urmări bunul în mâinile dobânditorilor¹. Această caracteristică a ipotecii asupra universalității de bunuri este lăsată fără efecte odată cu deschiderea procedurii insolvenței deoarece de la acest moment debitorul nu mai poate înstrăina bunurile din averea sa fără acordul comitetului creditorilor [art. 87 alin. (2) din Codul insolvenței], respectiv fără acordul judecătorului-sindic (art. 78 din Codul insolvenței).

3.2.2. Acte de creditare vătămătoare

Vor putea fi anulate, în tot sau în parte prin atacarea prevederilor contractuale care fraudează interesele creditorilor. Încheierea unor acte adiționale (în perioada suspectă) la contractele de credit prin intermediul cărora este majorat nivelul dobânzii, respectiv prin intermediul cărora sunt constituite garanții suplimentare poate fi calificată drept o operațiune frauduloasă și, implicit, supusă acțiunii reglementate de art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței.

¹ B. Vișinoiu, în *FLA. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), Noul Cod civil, Comentariu pe articole, op. cit., 2012, comentariul art. 2357 C.civ. (www.legalis.ro).*

Admiterea unei astfel de acțiuni poate avea drept efect o reducere a costurilor (dobânzi comisioane), respectiv o reducere sau desființare a garanțiilor¹.

3.2.3. Operațiunile de stingere a datoriilor debitorului

Operațiunile de stingere a datoriilor debitorului, care deși au avut menirea de a achita **creanțe scadente**, totuși, prin caracterul anormal al modalității de plată, au fraudat interesele creditorilor².

(i) **Compensarea.** Un astfel de caz poate fi reprezentat de exemplu de ipoteza în care un creditor al debitorului, ce are o creanță scadentă, va plasa o comandă în vederea achiziționării de bunuri produse de debitoare (deși acesta este un furnizor de utilități al debitorului), tocmai în vederea **compensării** fostei sale creanțe cu datoria nou creată. Această modalitate de stingere a obligațiilor debitorului față de creditorul său de utilități este neobișnuită întrucât creditorul nu este un profesionist care să se ocupe cu revânzarea bunurilor produse de debitor. Se poate vorbi în acest caz despre o fraudare a creditorilor deoarece prin această operațiune creditorul față de care este stinsă obligația evită procedura concursuală și colectivă de recuperare a creanțelor (procedura insolvenței) printr-o convență frauduloasă cu debitorul. Într-o astfel de ipoteză vor trebui avute în vedere inclusiv prevederile art. 1618 lit. a) C.civ. potrivit căreia compensația nu are loc atunci când creanța rezultă dintr-un act făcut cu intenția de a păgubi.

(ii) **Novăția.** Această modalitate de stingere a datoriei (reglementată de art. 1609 C.civ.), dacă îndeplinește condițiile pentru a fi considerată drept o operațiune realizată în fraudă creditorilor, va putea la rândul-i să fie anulată prin procedura instituită de art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței³.

Novăția poate îmbrăca trei forme, toate cu potențial fraudulos pentru creditorii debitoare aflate în insolvență: (i) atunci când debitorul contractează față de creditor o obligație nouă, care

¹ FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 947.

² A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 442.

³ Fx. Lucas, note sous Com. 26.09.2006 np. 05-15870 inedit, în P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1544.

înlocuiește și stinge obligația inițială; (ii) atunci când un debitor nou îl înlocuiește pe cel inițial, care este liberat de creditor, stingându-se astfel obligația inițială; (iii) atunci când, ca efect al unui contract nou, un alt creditor este substituit celui inițial, față de care debitorul este liberat, stingându-se astfel obligația veche.

Transformarea unei obligații din obligație sub condiție în obligație pură și simplă, considerată în doctrină¹ drept novație, are un potențial de fraudare a intereselor creditorilor extrem de ridicat, deoarece este eliminat în acest mod riscul neîndeplinirii condiției (dacă este vorba despre o condiție suspensivă), respectiv riscul îndeplinirii condiției (dacă este vorba despre o condiție extinctivă/rezolutorie).

(iii) **Darea în plată.** Această modalitate de stingere a datoriei poate reprezenta o operațiune supusă acțiunii în anulare a actelor frauduloase. Nu poate fi considerată o modalitate normală de stingere a datoriei, în condițiile în care se poate proba faptul că debitorul a fost conștient de starea incapacitate de plată în care se afla și, preferându-l pe unul dintre creditori prin modificarea obiectului obligației de plată, a creat o stare de inechitate și lipsă de egalitate între creditori.

Plata creanțelor bugetare scadente va putea face obiectul unei acțiuni în anulare, dacă aceasta s-a realizat printr-o dare în plată conform prevederilor art. 175 C.proc.fisc., în perioada suspectă².

În ipoteza în care operațiunea de dare în plată este încheiată în perioada cu 6 luni anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței și sunt îndeplinite condițiile de la art. 117 alin. (2) lit. d) din Codul insolvenței, reclamantul nu va mai fi dator să

¹ R. Constantinovici, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 1609 C.civ. (www.legalis.ro).*

² Curtea de Casație franceză a stabili cu titlu general faptul că plățile reprezentând cotizații sociale efectuate în perioada suspectă pot fi anulate, independent dacă o parte dintre acestea vizează creanțe născute anterior perioadei suspecte, stabilind că o astfel de soluție se impune în baza principiului egalității creditorilor – C. Cass. 21.06.2005 – 03-21163, comentariu A. Lienhard, în *Recueil Dalloz* nr. 27/2005, p. 1850.

probeze caracterul fraudulos, acesta fiind prezumat relativ¹. În schimb, dacă tranzacția poate fi încadrată în textul art. 117 alin. (2) lit. d) din Codul insolvenței însă a fost încheiată cu mai mult de 6 luni de la momentul deschiderii procedurii insolvențe, reclamantul își va putea întemeia acțiunea pe prevederile art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței, însă cu condiția probării caracterului fraudulos.

(iv) Dacă într-un interval de timp relativ apropiat deschiderii procedurii insolvenței, o parte foarte însemnată din lichiditățile debitoarei au fost ridicate de către foștii administratori ai debitoarei, **cu titlu de restituire aport**, din conturile bancare ale acesteia, în condițiile în care aceștia erau pe deplin conștienți de situația financiară precară a acesteia, există premisele calificării lor drept acte frauduloase. Aceste argumente rămân valabile, inclusiv în ipoteza în care lichidatorul judiciar nu a contestat faptul că o parte a sumelor a fost ridicată cu titlu de restituire aport, în ipoteza în care aceste operațiuni au perturbat activitatea societății. Astfel, considerăm că pot fi întrunite condițiile pentru anularea acestor operațiuni în ipoteza în care poate fi probat faptul că au fost lezate drepturile celorlalți creditori înscrși în tabelul definitiv consolidat ale căror creanțe provin din perioada anterioară. Frauda, în acest caz, se referă la imposibilitatea acestor creditori de a-și recupera măcar parțial creanțele, cu toate că unele au un grad de prioritate superior față de cele pe care l-ar fi avut beneficiarii operațiunilor (pârâți în acțiunea în anulare)².

(v) **Cazuri în care nu se poate pune problema caracterului anormal al modalității de plată.**

Plățile efectuate prin efecte de comerț – bilete la ordin, cecuri, cambii etc. – nu pot face obiectul unor acțiuni în anulare, întrucât între profesioniști aceste modalități de plată nu pot reprezenta modalități anormale de plată, ci din contră, alături de dispozițiile de plată prin bancă, ele reprezintă regula.

Uzanțele debitorului, în cadrul activității derulate, pot fi în sensul folosirii unora sau mai multor modalități de stingere a obligațiilor care, în general, sunt considerate a fi neobișnuite. Probarea

¹ A se vedea *infra*, §4. Acțiunea în anulare reglementată de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței, 4.6. Plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii, p. 293.

² Trib. comercial Cluj, sentința nr. 1394/28.02.2007.

acestor uzanțe în cadrul acțiunii în anulare poate reprezenta un argument extrem de solid în vederea dovedirii inexistenței unei fraude în dauna creditorilor. Curtea de Apel din Paris a reținut de exemplu că în privința comerțului cu obiecte de artă, darea în plată reprezintă o modalitate uzuală de plată ce nu poate reprezenta o tranzacție frauduloasă, în dauna creditorilor¹.

3.2.4. Încheierea unui contract de fidejusiune

Conform prevederilor art. 2280 C.civ. fidejusiunea este contractul prin care o parte, fideiusorul, se obligă față de cealaltă parte, care are într-un alt raport obligațional calitatea de creditor, să execute, cu titlu gratuit sau în schimbul unei remunerații, obligația debitorului dacă acesta din urmă nu o execută.

Dacă fidejusiunea a fost acordată *cu titlu gratuit*, acțiunea în anulare va putea fi întemeiată pe prevederile art. 117 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței. În ipoteza în care fidejusiunea a fost acordată *în schimbul unei remunerații*, iar prevederile art. 117 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței nu sunt aplicabile (prestația debitorului depășește vădit pe cea primită), persoanele care au legitimitate procesual activă vor putea demara acțiunea în anularea contractului de fidejusiune, bineînțeles cu demonstrarea existenței fraudei creditorilor.

3.2.5. Constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care nu era chirografară sau pentru o creanță chirografară, constituită cu mai mult de 6 luni anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței

Pot intra în această ipoteză toate constituirile de drepturi de preferință ce se regăsesc în categoria celor reglementate de art. 117 alin. (2) lit. e) din Codul insolvenței. Bineînțeles că pentru aceste operațiuni va trebui probată fraudă creditorilor, întrucât prezumția relativă de fraudă nu operează în privința acțiunii reglementate de art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței.

¹ C.A. Paris, 3^{eme} ch. C, 28.06.1996, în *P.-M. Le Corre*, op. cit., p. 1546.

3.2.6. Fiducia¹

Această operațiune poate reprezenta un mijloc extrem de eficient de externalizare a bunurilor din patrimoniul debitorului. O astfel de înstrăinare are valențe serioase de fraudare a intereselor creditorilor, care se pot vedea văduviți de posibilitatea satisfacerii creanțelor pe care le au împotriva debitorului². În dreptul francez constituirea unei fiducia în perioada suspectă reprezintă un motiv de nulitate de drept³.

De lege lata, fiducia va putea forma obiectul unei acțiuni în anularea întemeiată pe prevederile art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței, cu probarea însă a existenței unei fraude. În mod excepțional, în ipoteza în care această operațiune a fost constituită în scopul garantării unor obligații ale creditorilor, cu maxim 6 luni anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței, acțiunea în anulare va putea fi întemeiată pe prevederile art. 117 alin. (2) lit. e) din Codul insolvenței.

3.2.7. Anularea transferurilor dintr-un patrimoniu de afecțiune⁴ destinat desfășurării activității supuse proceduri insolvenței către o altă masă patrimonială

În sistemul de drept francez această ipoteză reprezintă un motiv de nulitate de drept⁵. Lipsa de reglementare a Codului insolvenței în această privință [în sensul includerii acestei ipoteze în art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței], va permite persoanelor legitimate

¹ Operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor (art. 773 C.civ.).

² P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1557.

³ A. Jacquemont, op. cit., p. 303.

⁴ A se vedea Capitolul II, p. 100.

⁵ A. Martin-Serf, J.L. Valleans, Nouveau cas de nullité de plein droit, în RTD com. nr. 2/2011, p. 417-419.

procesual activ să folosească exclusiv prevederile art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței.

3.2.8. Operațiunile de divizare

Divizarea este o operațiune prin care se realizează împărțirea unei societăți. Ea constă în împărțirea întregului patrimoniu al unei societăți, care își încetează existența, între două sau mai multe societăți existente sau care iau astfel ființă. Într-o a doua modalitate, divizarea poate consta în separarea unei părți din patrimoniul unei societăți, care nu își încetează existența, și transmiterea ei către una sau mai multe societăți existente sau care iau astfel ființă. În acest caz, societatea din al cărei patrimoniu se desprinde o parte nu se dizolvă, ci suferă numai o diminuare a patrimoniului său¹.

Operațiunile de divizare au un puternic caracter jurisdicțional (prin obligația de menționare la Registrul comerțului a acestei modalități de transformare a persoanei juridice), astfel cum o prevăd textele art. 238 din Legea nr. 31/1990. Anularea divizării poate fi pronunțată exclusiv în condițiile reglementate de art. 251 din Legea societăților nr. 31/1990². În plus, această operațiune de divizare nu poate fi calificată drept o operațiune, respectiv un transfer în sensul prevederilor art. 117 din Codul insolvenței întrucât nu există o contraprestație după cum nu există un dobânditor al bunului/bunurilor.

Cu toate acestea au existat situații în care jurisprudența a calificat operațiunea de divizare drept un act fraudulos, dispunând

¹ St.D. Cârpenaru, Gh. Piperea, S. David, Legea societăților. Comentariu pe articole, op. cit., comentariul art. 238 (www.legalis.ro).

² Art. 251 din Legea nr. 31/1990. (1) Nulitatea unei fuziuni sau divizări poate fi declarată numai prin hotărâre judecătorească. (2) De la data realizării sale, potrivit art. 249, fuziunea, respectiv divizarea, poate fi declarată nulă doar dacă nu a fost supusă unui control judiciar în conformitate cu prevederile art. 37 sau dacă hotărârea uneia dintre adunările generale care au votat proiectul fuziunii sau al divizării este nulă ori anulabilă. (3) Procedurile de anulare și de declarare a nulității fuziunii sau divizării nu pot fi inițiate după expirarea unui termen de 6 luni de la data la care fuziunea sau divizarea a devenit efectivă, în temeiul art. 249, sau dacă situația a fost rectificată (...).

anularea sa în procedura insolvenței¹. Recent, Curtea de Apel Oradea² a pronunțat o hotărâre similară, dar în egală măsură greșită, reținând că indiferent dacă hotărârea de divizare (proiectul de divizare, *n.n.*) putea fi atacată cu opoziție de către creditorii în condițiile Legii nr. 31/1990, iar aceștia nu au uzat de ea, nu împiedică exercitarea acțiunii în anulare în condițiile legii insolvenței. În consecință, conchide Curtea, acțiunea nu poate fi considerată inadmisibilă pentru acest motiv.

Conform prevederilor art. 243 din Legea nr. 31/1990 singura cale prin intermediul căreia creditorii se pot opune divizării este opoziția, ce trebuie exercitată în termen de 30 de zile de la data publicării proiectului de fuziune sau de divizare în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Odată expirat acest termen, operațiunea nu va mai putea fi considerată că vatămă drepturile creditorilor, fiind practic imposibil de demonstrat caracterul abuziv.

În plus, divizarea poate fi desființată exclusiv în ipotezele reglementate de art. 251 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, și anume dacă nu a fost supusă unui control judiciar în conformitate cu prevederile art. 37 din Legea nr. 31/1990 sau dacă hotărârea uneia dintre adunările generale care au votat proiectul fuziunii sau al divizării este nulă ori anulabilă. Prin această reglementare legea a limitat motivele în temeiul cărora operațiunea de divizare poate fi anulată, scoțând astfel din sfera de reglementare a art. 117 din Codul insolvenței aceste operațiuni.

¹ Divizarea patrimoniului este un act juridic care are ca efect desprinderea din patrimoniul unei persoane juridice a unei părți și transferarea acesteia către o altă persoană juridică. Prin această operațiune de desprindere și transfer se realizează o micșorare a garanției comune a creditorilor, motiv pentru care divizarea poate fi atacată pe temeiul art. 39-40 din Legea nr. 64/1995 (actualul art. 117 din Codul insolvenței, *n.n.*), C.A. Craiova, decizia nr. 10/1999, apud C.A. Obancina, op. cit., p. 189-190.

² C.A. Oradea, Secția a II-a civilă, decizia nr. 294/2014 (nepublicată).

§4. Acțiunea în anulare reglementată de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței

Acțiunile în anulare întemeiate pe acest text legal au avantajul că necesită, pe plan probator, dovedirea exclusiv a constituirilor sau a transferurilor de drepturi patrimoniale enumerate în mod limitativ de textul art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței. Fraudarea intereselor creditorilor este prezumată relativ, potrivit art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței, dar numai în ceea ce-l privește pe debitor. Rămâne astfel în sarcina debitorului să dovedească lipsa fraudei prin administrarea oricărui mijloc de probă permis de normele de procesual civile¹. Numai în situația în care debitorul va reuși să producă probe care să răstoarne prezumția de fraudă, titularul acțiunii în anulare va fi nevoit să administreze alte probe în sprijinul demonstrării caracterului fraudulos al transferului, respectiv constituirii de drepturi patrimoniale.

Răsturnarea principiului *actor incumbit probatio* s-a făcut din rațiuni ce țin de protecția creditorilor, cărora le este în fapt adresată întreaga procedură a insolvenței² – art. 2 din Codul insolvenței arată că scopul procedurii este acela de a acoperi pasivul debitorului pentru a permite creditorilor recuperarea creanțelor (*n.n.*).

Prin urmare, administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul, respectiv comitetul creditorilor și creditorul majoritar [în ipotezele reglementate de art. 118 alin. (2)-(3) din Codul insolvenței], vor putea introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea constituirilor ori a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și pentru restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de debitor, fără a fi necesară demonstrarea caracterului fraudulos al acestor acte, singura obligație procesuală fiind aceea de a demonstra că actul

¹ Înscrisuri, interogatoriu, martori, cercetare la fața locului, expertiză, mijloace materiale de probă.

² St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, op. cit., p. 276.

dedus judecății se încadrează într-una dintre definițiile cuprinse în conținutul art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței.

4.1. Acte de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu excepția sponsorizărilor în scop umanitar

În general, actele cu titlu gratuit exced scopului constituirii unei societăți reglementate de Legea nr. 31/1990. Fundațiile sau asociațiile își pot propune însă prin actele constitutive, derularea unor acțiuni de caritate, ajutorare sau sprijinire a anumitor persoane, respectiv a anumitor domenii de activitate, în cadrul cărora pot fi derulate inclusiv donații sau sponsorizări.

Ipoieza reglementată la lit. a) a art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței vizează însă angajarea anormală a unor acte cu titlu gratuit, ce exced scopului pentru care a fost constituită persoana juridică supusă procedurii insolvenței, prin posibilitatea formulării unei acțiuni în anularea acestor transferuri, fie că este vorba despre bunuri mobile sau imobile¹. Este vorba spre exemplu de situația în care sunt cesionate cu titlu gratuit acțiuni deținute de debitoare la o altă societate comercială, dacă operațiunea respectivă a fost efectuată în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii insolvenței împotriva debitoarei². Intrară în categoria actelor supuse acțiunii în anulare și mecenatul sau chiar comodatul întrucât este impropriu să se accepte că, deși aflat în insolvență, debitorul face astfel de acte chiar dacă în primul rând ar trebui să-si respecte obligațiile față de creditori³.

Ipoieza avută în vedere vizează toate actele de transfer cu titlu gratuit, directe, indirecte sau deghizate⁴. Întrucât motivul de anulare supus analizei vizează acte cu titlu gratuit, considerăm că

¹ A. Jacquemont, op. cit., p. 306.

² C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 247/12.02.2007, în Insolvența 2.

³ A. Avram, Procedura insolvenței. Partea generală, Studii și monografii, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 185.

⁴ A. Lienhard, Procedures collectives, op. cit., p. 441.

sfera sa de aplicare nu va putea depăși actele de donație mai sus indicate, către acele tranzacții în care prestația nu este echivalentă¹. Considerăm că ipoteza inexistenței unei contraprestații echivalente este acoperită de textul lit. b) a art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței care face vorbire despre *depășirea vădită a prestației debitorului*. Totodată trebuie precizat faptul că nu vor fi supuse anulării actele care sub aparența gratuității sunt în fapt acte interesate. În acest sens este adusă cu titlu de exemplu ipoteza sponsorizării corporative pe care debitorul o face prin finanțarea în mod gratuit a activităților culturale sau sportive, în speranța creșterii notorietății².

La nivel probator dificultățile pot surveni în ceea ce privește posibilitatea demonstrării intenției de a liberaliza când donația este deghizată sub forma unor alte acte cum ar fi: remiterea de datorie sau fideiusiunea convenită de debitor fără existența unei contraprestații³. Calificarea actului juridic supus acțiunii în anulare, într-unul cu titlu gratuit, va reveni în mod exclusiv judecătorului-sindic, singurul care este în măsură să stabilească dacă un act aparent cu titlu oneros este în realitate cu titlu gratuit, indiferent de denumirea dată de părți actului în cauză⁴.

4.1.1. Donațiile indirecte

Donațiile indirecte sunt acte juridice încheiate cu intenția de a gratifica, dar diferite de contractul de donație. În vederea calificării unei tranzacții drept donație indirectă este necesară identificarea și demonstrarea existenței *animus donandi*. Cele mai uzitate acte juridice pentru realizarea unei donații indirecte sunt renunțarea la

¹ În sens contrar, a se vedea A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 501. Potrivit autorilor, domeniul de aplicare al lit. a) este mai larg, aplicându-se oricărui act prin care debitorul, fără o contraprestație echivalentă, își sărăcește patrimoniul.

² A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 499, nota de subsol 4.

³ A. Jacquemont, op. cit., p. 306.

⁴ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 505.

un drept în anumite condiții, remiterea de datorie și stipulația în favoarea unei terțe persoane¹.

Remiterea de datorie va putea fi catalogată drept donație indirectă în ipoteza în care îi lipsește contraprestația. Nu importă dacă operațiunea de remitere a datoriei este inclusă într-o tranzacție, fie ea judiciară sau extrajudiciară, tranzacția putând fi anulată în ipoteza în care nu este probată existența unei contraprestații serioase².

Renunțarea la drept intră în categoria actelor cu titlu gratuit care sunt supuse acțiunii în anularea actelor frauduloase și se poate manifesta sub forma renunțării la un contract de leasing³, renunțării la un brevet de invenție⁴, respectiv renunțarea la succesiune ori renunțarea la o cotă parte dintr-un bun prin intermediul unui partaj judiciar⁵.

Recunoașterea de datorie (art. 2538 C.civ.) ce are ca efect reînceperea cursului prescripției extinctive nu poate fi supusă acțiunii în anulare întrucât nu poate fi calificată drept o donație indirectă deoarece întreruperea cursului prescripției extinctive presupune existența unei creanțe scadente la care creditorul este îndreptățit. În schimb, **renunțarea la prescripție** (art. 2507 și urm. C.civ.) poate fi supusă acțiunii în anulare reglementate de art. 117 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței. O astfel de renunțare, când este făcută cu titlu gratuit reprezintă în mod cert un act ce rupe egalitatea între creditori. Lipsa de diligență manifestată de creditorul a cărei creanță era prescrisă trebuie să le profite celorlalți

¹ R. Constantinovici, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.)*, op. cit., 2012, comentariul art. 1011 C.civ. (www.legalis.ro).

² C.A. Aix-en-provence, 8^{eme} ch., 19.02.2002, în *P.-M. Le Corre*, op. cit., p. 1546.

³ Civ. 1, 27.02.1961, Bull.civ. no 124, în *P.-M. Le Corre*, op. cit., p. 1548.

⁴ Com., 14.02.1973, no 71-13.866, Bull.civ. IV, no 75, în *P.-M. Le Corre*, op. cit., p. 1548.

⁵ CA Lyon, 1^{er} ch., 17.02.2000, în JCP E 2001, pan. 61; Gaz. Pal. August 2002, jur. P. 11, note I. Goaziou-Huret.

creditori înscriși la masa credală ale căror creanțe nu sunt prescrise.

Constituirea unor garanții de către debitor (reale sau personale), în favoarea garantării îndeplinirii unor obligații de către terți se realizează de cele mai multe ori fără nicio contraprestație. Nu este relevant dacă constituirea acestor garanții atrage, în mod automat, o diminuare a patrimoniului debitorului, deoarece există un real potențial de fraudă care, la momentul utilizării garanției, va produce acest rezultat¹. Aceasta este rațiunea pentru care considerăm că inclusiv aceste acte vor putea face obiectul acțiunii întemeiate pe prevederile art. 117 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței.

4.1.2. Donațiile deghizate

Donația este deghizată atunci când actul public cu titlu oneros este simulat, mincinos și ascunde o donație (art. 1289 C.civ.). Această categorie de acte cu titlu gratuit sunt valabile, cu anumite excepții² fiind supuse regulilor de fond prevăzute pentru donație.

În vederea promovării unei acțiuni în anulare întemeiate pe prevederile art. 117 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței va fi necesară dovedirea simulației în condițiile art. 1292 C.civ. Dovada simulației poate fi făcută cu orice mijloc de probă. Reclamantul va trebui să solicite prin petitul acțiunii în anulare, concomitent, atât constatarea simulației și implicit constatarea inopozabilității actului simulat care atribuia tranzacției caracter oneros cu consecința demonstrării transferului cu titlu gratuit, cât și anularea acestui transfer, în temeiul prevederilor art. 117 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței.

Instanța de judecată investită cu o astfel de cerere va trebui mai întâi să stabilească dacă operațiunile ce fac obiectul acțiunii în

¹ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 505.

² Cu excepția actelor prin care se tinde la eludarea principiului revocabilității donațiilor între soți sau la fraudarea legii ori încălcarea altor norme imperative. R. Constantinovici, în F.I.A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 1011 C.civ. (www.legalis.ro).

anulare sunt deghizate și să rețină, atunci când sunt îndeplinite condițiile art. 1292 C.civ. că este vorba despre o simulație și că, în fapt, părțile au înțeles să încheie un act cu titlu gratuit. Odată constatat caracterul gratuit al tranzacției, instanța va putea păși în analiza cerințelor legale pentru anularea actului, în condițiile art. 117 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței.

4.2. Operațiuni comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii

Sunt circumscrise acestui motiv de nulitate toate actele **juridice comutative**¹, anume cele în care, la momentul încheierii, este determinată în mod cert existența drepturilor și obligațiilor părților, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă [art. 1173 alin. (1) C.civ.]. La momentul încheierii acestui tip de contracte, părțile pot avea reprezentarea exactă a avantajelor, respectiv a dezavantajelor pe care le presupune încheiere acestui tip de contracte².

Contractele aleatorii nu pot fi supuse prezentului motiv de anulare, deoarece, prin esența lor, ele pot genera pierderi sau câștiguri importante pentru oricare dintre părți. Astfel, întrucât caracterul disproporționat al prestațiilor nu poate fi determinat la momentul încheierii contractelor aleatorii, fraudă în dauna creditorilor nu poate fi reținută. Sunt contracte aleatorii contractul de asigurare, contractul de întreținere, contractul de rentă viageră, respectiv contractul de joc.

Reglementarea art. 117 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței două ipoteze³:

¹ A se vedea, în același sens, A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 509.

² Gh. Beleiu, Drept civil român. Introducere în dreptul civil român. Subiectele dreptului civil român, Ed. Universul Juridic Beck, București, 2007, p. 143.

³ FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 939.

(i) înstrăinarea activelor către o persoană interpusă în vederea folosirii lor în alte activități comerciale. Această primă ipoteză, prin specificul ei, conține un scop ilicit, intenția de a fraudă creditorii fiind evidentă.

(ii) vânzarea activelor mult sub valoarea lor în vederea obținerii de lichidități pentru achitarea unor creanțe. Acest tip de operațiune nu este în sine ilicită, deoarece sunt momente în viața societară în care este necesară sacrificarea anumitor bunuri în vederea continuării activității, prin evitarea unor blocaje financiare temporare. În ipoteza în care societatea ce este angajată într-o astfel de tranzacție nu intră în insolvență, actele juridice încheiate rămân valide. În schimb, în ipoteza în care se pune problema unei stări de insolvență, vânzarea bunurilor sub valoarea lor de piață, în vederea achitării unora dintre creditori, nu poate reprezenta o activitate nefrauduloasă. Interesele creditorilor care au rămas neplătiți sunt grav afectate de aceste tipuri de tranzacții care au determinat scoaterea din masa patrimonială a unor bunuri care, ar fi crescut șansele de recuperare a datoriilor deținute în contra debitorului¹. Aceeași este situația și în ipoteza în care debitorul achiziționează un bun la un preț supraevaluat².

Doctrina³ a relevat două rațiuni ce justifică anularea actelor în temeiul art. 117 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței: (i) *principiul ordonării rangului creditorilor* care, prin încheierea unor contracte a căror prestații sunt dezechilibrate în defavoarea debitorului, este profund zdruncinat; (ii) *dezechilibrul vădit*, ce reprezintă un indiciu serios că partenerul contractual al debitorului și-a creat o situație privilegiată, un avantaj nejustificat.

¹ Dacă contraprestația cumpărătorului este de circa 10 ori mai mică decât cea a societății debitoare, operațiunea juridică are un caracter fraudulos, Trib. Sălaj, Secția comercială, sentința nr. 318/19.02.2007, în Insolvența 2. Este valabilă și ipoteza inversă, în situația în care debitorul are calitatea de cumpărător, iar prețul plătit este de 10 ori mai mare decât cel real, C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 858/11.06.2007, în Insolvența 2.

² W. Elizabeth, Bankruptcy and Article 9, Aspen Publishers, New York, 2006, p. 238; C.A. Obancia, op. cit., p. 198.

³ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 508.

Dezechilibrul dintre prestații nu trebuie să fie unul urmărit de părțile contractuale, textul art. 117 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței neimpunând existența unei convențe frauduloase. În situațiile de criză, în lipsa fondurilor disponibile pentru achitarea datoriilor exigibile, libertatea contractuală este redusă din cauza stării precare economice. Aceasta este rațiunea pentru care acest motiv de anulare a fost calificat în doctrina franceză drept o formă diferită de **leziune**¹ ca viciu de consimțământ. Sintagma „*diferență vădită*” a fost interpretată în jurisprudența națională recentă drept conducând la ideea unui preț lezionar, nesperios². Deși tranzacția nu îmbracă forma unei liberalități, prezintă o asemenea disproporție între prestații, încât se impune anularea ei. Bineînțeles că dezechilibrul trebuie să fie în dauna creditorului și trebuie să fie unul notabil³, nulitatea putând viza atât constituirea și transferul de drepturi reale, respectiv personale, cât și în privința unei remiteri de datorie (aceasta din urmă poate fi încadrată și la pct. 3.1. – acte cu titlu gratuit).

Determinarea caracterului dezechilibrat al tranzacției se realizează de către judecătorul-sindic, care va avea la îndemână întreaga paletă a mijloacelor de probă. Disproporția de valoare trebuie să fie vădită, iar nu discutabilă. Sub aspectul proporției dezechilibrului, acesta trebuie să fie consistent, dar până la limita considerării sale drept nesperios, caz în care actul poate fi calificat unul cu titlu gratuit⁴. Expertiza prețuitoare va reprezenta principalul mijloc de probă⁵. Analiza va trebui să vizeze în concret tranzacția ce face obiectul acțiunii, nefiind permisă analiza în ansamblu a relațiilor contractuale dintre debitor și terțul cocontractant⁶.

¹ A. Liénhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 441.

² C.A. Craiova, Secția a II-a civilă, decizia nr. 329/2014, în B.C.A. nr. 10/2014, p. 21.

³ A. Jacquemont, op. cit., p. 307.

⁴ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 511.

⁵ Trib. Bihor, Secția comercială, sentința nr. 127/06.03.2007, în *Insolvența 2*.

⁶ Com. 10.12.2002, no. 01-11.279, inedit titre, în RTD com. 2004, p. 813.

Un reper în determinarea caracterului dezechilibrat al tranzacției îl mai poate avea și textul art. 10 din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante. Această normă definește clauzele și practicile comerciale abuzive între profesioniști, cele prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare.

Caracterul dezechilibrat al tranzacției trebuie analizat la momentul încheierii actului supus acțiunii în anulare. Este lipsit de relevanță juridică, sub aspectul incidenței art. 117 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației. **Impreviziunea** – art. 1271 C.civ. – nu prezintă o relevanță aparte în privința posibilității sau nu de anulare a unui act, potrivit prevederilor art. 117 din Codul insolvenței, aceasta deoarece vizează situații survenite ulterior momentului încheierii actului, externe și insurmontabile părților angrenate în raportul juridic în cauză.

Va putea fi considerată frauduloasă și operațiunea de *lease-back*¹, în ipoteza în care poate fi probat un dezechilibru notabil între prețul bunului și chiria percepută². Nu poate fi însă reținut un dezechilibru în condițiile în care dreptul de proprietate asupra unor bunuri se transmite către finanțator care, apoi, le dă în

¹ Contractul de *lease-back* exprima raportul juridic dintre utilizator și finanțator având ca obiect un bun din patrimoniul celui dintâi și se concretizează în procurarea de fonduri de către utilizator, pe care le garantează cu proprietatea asupra unui bun din propriu sau patrimoniu. Utilizatorul își procura fondurile necesare pe care urmează să le restituie eșalonat, sub forma de rate ale chiriei, iar la expirarea contractului de închiriere va plăti restul din preț, redobândindu-și bunul.

² V. Com., 11.03.1997, Rev.proc.coll. 1998, no. 5, p. 205, obs. B. Lemistre.

folosința debitoarei, prețul de vânzare de aproximativ 70% din valoarea de evaluare¹.

Vânzarea bunurilor la prețul determinat de **valoarea contabilă a bunurilor**, după scăderea amortizărilor și a uzurii, nu se poate constitui într-o apărare pertinentă întrucât această valoare este mult redusă față de valoare de piață a bunurilor. Într-o asemenea ipoteză debitorul își mărește starea de insolvență, fără a aduce un profit societății, deși obținerea unui profit este de esența activității comerciale².

Nu vor fi ferite de acțiunea în anulare nici **contractele de muncă** ce conferă salariatului drepturi disproporționat de mari față de munca depusă. Astfel, vor putea fi anulate contractele de muncă, respectiv actele adiționale încheiate în perioada suspectă, ce conțin indemnizații de concediere disproporționat de mari, ce nu erau prevăzute anterior³ sau în ipoteza în care contractul de muncă este unul fictiv, salariatul neprestând în mod real nicio muncă, sau când salariul este nejustificat de mare în raport cu munca prestată⁴.

¹ C.A. Galați, decizia comercială nr. 313/20.04.2011, S.-P. Gavrilă, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Practică judiciară. Jurisprudență Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 236. Încheierea concomitentă a unor contracte de vânzare-cumpărare și ulterior de leasing nu reprezintă fraudarea intereselor niciunei părți, ci obținerea de avantaje admise de lege, debitoarea acceptând un preț mai mic decât valoarea de piață a acestora, în condițiile în care avea nevoie de lichidități pentru derularea operațiunilor comerciale curente, cu avantajul utilizării în continuare a imobilelor înstrăinate.

² C.A. Craiova, Secția comercială, decizia nr. 174/14.02.2007, în Insolvența 2.

³ Soc., 15.06.2004, no 97-45.899, inedit, în Rev.proc.coll., 2002, p. 275, no 5, obs. G. Blanc.

⁴ A. Jacquemont, op. cit., p. 307.

4.3. Actele încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii sau de a le leza în orice alt fel drepturile

Prezentul motiv de anulare, deși este unul în care caracterul fraudulos este prezumat [art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței], prin modul în care este reglementat, **necesită oricum cercetarea și dovedirea existenței unei convențe frauduloase a debitorului și a terțului cocontractant**, în scopul sustragerii bunurilor de la urmărirea de către creditorii sau de a le leza în orice alt fel drepturile.

În aceste condiții, va fi necesară probarea existenței unei cauze ilicite/imorale a actelor ce se solicită a fi anulate nefiind suficientă demonstrarea existenței unei fraude. Cu alte cuvinte va fi necesară probare îndeplinirii condițiilor impuse de art. 1238 C.civ., anume cauza ilicită trebuie să fie comună ori, în caz contrar, cealaltă parte o cunoștea sau, după împrejurări, trebuia să o cunoască. La nivel probator este extrem de dificil de probat aceste aspecte, respectiv existența unei vinovății sub forma intenției de a leza interesul creditorilor.

Totodată trebuie menționat faptul că legiuitorul a prevăzut posibilitatea anulării doar pentru situația în care transferul de bunuri este de fapt o sustragere de bunuri ce **lezează drepturile creditorilor**. În absența lezării intereselor creditorilor nu poate fi vorba de o sustragere de bunuri de la urmărirea lor de către aceștia¹.

În determinarea existenței unei rele-credințe a părților contractante, judecătorul-sindic este îndreptățit să analizeze situația de fapt existentă la momentul efectuării tranzacției, având posibilitatea de a face uz de prezumții judiciare ce pot fi generate inclusiv de calitatea părților contractante. Convenția frauduloasă

¹ Trib. Arad, Secția comercială, sentința nr. 2893/11.12.2007, în Insolvența 2.

dintre debitor și terț trebuie dovedită, nefiind prezumată¹. Reaua-credință poate fi demonstrată în ipoteza în care părțile implicate în această operațiune juridică se află în legături de strânsă rudenie și cunosc situația societății debitoare, cum ar fi ipoteza în care terțul cocontractant este și asociat al debitoarei. Acest fapt denotă că ambele părți contractante au avut intenția de a sustrage bunul de la urmărirea silită de către creditorii². În egală măsură faptul că la data încheierii actelor supuse acțiunii în anulare directorul general al debitorului avea calitatea de asociat fondator la societatea cumpărătoare și că ambele societăți din actul juridic au același cenzor face dovada că terțul cumpărător era la curent cu probabilitatea încetării plăților de către debitor și cu situația economică degradată a acestuia. Aceste circumstanțe sunt suficiente pentru a dovedi intenția părților de a frauda creditorii, vânzarea bunurilor fiind anulabilă³.

În practică pot apărea situații în care acțiunea în anularea actelor frauduloase devine admisibilă în urma pronunțării unei hotărâri de atragere a răspunderii administratorilor. Astfel, dacă printr-o astfel de hotărâre a fost dovedită intenția administratorului de a frauda interesele creditorilor și de a sustrage lichidități din patrimoniul debitoarei aflate în iminentă stare de insolvență, prin înlocuirea unei sume importante de bani cu bunuri fără valoare, care ulterior au fost în mare parte casate, este admisibilă acțiunea lichidatorului judiciar al debitoarei pentru anularea actului de vânzare-cumpărare care a servit acestor scopuri, vânzarea fiind încheiată cu intenția părților implicate de a sustrage bunuri de la urmărirea creditorilor⁴.

¹ C.A. Cluj, Secția comercială, decizia nr. 1042/22.05.2007, în Insolvența 2.

² C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 537/14.05.2007, în Insolvența 2.

³ C.A. Craiova, Secția comercială, decizia nr. 174/14.02.2007, în Insolvența 2.

⁴ Trib. comercial Cluj, sentința nr. 3714/19.09.2006; aceeași este situația și în ipoteza în care perfectarea actului juridic s-a realizat în interesul unui singur asociat, pârâta în cauză, în condițiile în care insolvența comercială a debitoarei era notorie, iar o creditoare bugetară

În schimb, încheierea unui contract de vânzare-cumpărare nu poate fi atacată pentru motivul reglementat de prevederile art. 117 alin. (2) lit. c) din Codul insolvenței, prin modalitatea sustragerii bunurilor, în ipoteza în care prețul obținut din vânzarea bunurilor, prin efectul subrogației reale, a intrat în patrimoniul debitoarei¹. O astfel de tranzacție va putea face însă obiectul unei acțiuni în anulare bazate pe alte motive, dacă sunt îndeplinite condițiile premisă respective. Împrejurarea că nu pot fi găsite actele doveditoare ale plății (chitanțele) nu poate naște o prezumție de rea-credință în privința părților contractante, buna-credință fiind prezumată. Pe de altă parte, chiar dacă s-ar putea dovedi că prețul nu a fost achitat, o astfel de împrejurare nu va putea constitui un motiv de anulare a transferului, ci raportat la prevederile de drept comun, practicianul în insolvență ar putea dispune, printre altele, desființarea (rezoluțiunea) convenției încheiate pentru neplata prețului².

În cazul transferurilor realizate prin executare silită, potrivit dispozițiilor de drept comun din Codul de procedură civilă, respectiv Codul de procedură fiscală, întrucât lipsește actul volitiv din partea debitorului, considerăm că nu va fi posibilă folosirea mecanismului reglementat de art. 117 în vederea desființării lor. Într-o opinie³ pe care nu o împărtășim s-a considerat că în ipoteza în care este dovedit caracterul deghizat al executării silite, prin existența unei conivențe frauduloase regizate de toate părțile în vederea scoaterii bunului din patrimoniu, se va putea pune problema anulării executării silite potrivit prevederilor art. 117 din Codul insolvenței. Ne exprimăm rezervele în legătură cu această opinie întrucât desființarea unei executări silite cade în competența materială a judecătoriilor care, pot anula actele de executare

instituiască sechestrul asupra mai multor bunuri ale debitoarei, când existau mai multe somații de plată și titluri executorii, iar ulterior la scurt timp dispunându-se declanșarea procedurii simplificate a insolvenței, C.A. Ploiești, Secția comercială, decizia nr. 169/03.02.2009.

¹ C.A. Timișoara, decizia nr. 2312/13.12.2011 (www.legalis.ro).

² C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 709/2008, notă C.B. Nasz, în C.J. nr. 7/2009, p. 387.

³ C.A. Obancina, op. cit., p. 202.

exclusiv pe calea contestației la executare. Odată expirat termenul de 15 zile în care pot fi atacate actele de executare, nicio persoană nu le mai poate ataca. În schimb considerăm că va fi posibilă anularea actelor de executare silită prin intermediul procedurii instituite de art. 117 din Codul insolvenței în ipoteza în care concomitent cu formularea acțiunii se solicită și constatarea caracterului simulat al executării silit.

4.4. Actele de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer

În vederea îndeplinirii condițiilor specifice acestui motiv de nulitate va fi necesară întocmirea raportului de evaluare a bunurilor societății debitoare și determinare, implicită a gradului de satisfacere a creanței sale în caz de faliment. Determinarea acestui aspect ține de esența motivului de anulare reglementat de art. 117 alin. (2) lit. d) din Codul insolvenței. Practic, înainte de promovarea acțiunii este necesară realizarea operațiunii de comparare a valorii transferului cu valoarea ipotetică realizabilă în cazul în care, cocontractantul ar fi participat la masa credală. De aceea s-a considerat, pe bună dreptate, că acțiunea în anulare demarată împotriva unei operațiuni de dare în plată prezintă serioase dificultăți sub aspect probatoriu, excepție făcând-o situația în care masa credală este inexistentă sau vădit insuficientă¹.

Aceste condiții sunt îndeplinite dacă, în ipoteza în care transferul patrimonial nu ar fi operat, creditorul către care a fost înstrăinat bunul nu ar fi ajuns să primească suma reprezentând contravaloarea actului de transfer efectuat de către debitoare în favoarea sa².

¹ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 520.

² Trib. Bihor, Secția comercială, sentința nr. 185/03.04.2007.

Forma juridică pe care o îmbracă acest tip de tranzacții este reprezentat de **instituția dării în plată** (art. 1492 C.civ.) întrucât textul de lege vizează ipoteza actelor de transfer de proprietate pentru stingerea unei datorii anterioare. Dacă tranzacția a fost încheiată cu mai mult de 6 luni anterior deschiderii procedurii insolvenței, reclamantul își va putea întemeia acțiunea în anulare pe prevederile art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței¹, în acest caz fiind însă necesară probarea caracterului fraudulos al tranzacției.

În funcție de momentul încheierii convenției translativă de proprietate, actul cu potențial fraudulos poate fi o dare în plată sau o **novație cu schimbare de obiect**. Față de necesitatea impusă de textul art. 1492 alin. (1) C.civ. – anume acordul creditorului pentru stingerea datoriei prin intermediul dării în plată – ne raliem opiniei exprimate în doctrină în sensul că darea în plată este o modalitate a novației prin schimbare de obiect². Astfel, chiar dacă debitorul predă bunul la momentul efectuării plății, această remitere are loc în baza acordului prealabil al ambelor părți, fiind astfel și în prezența unei novații.

4.5. Constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii

În sfera de aplicare a prezentului text de lege intră exclusiv drepturile de preferință reglementate de Cartea V, Titlul XI din noul Cod civil, anume ipoteca (imobiliară sau mobilă), gajul, privilegiul și dreptul de retenție.

Debitorul nu are nicio obligație față de creditorii săi chirografari (fie că este vorba despre creanțe scadente ori nescadente) în ceea ce privește garantarea îndeplinirii obligațiilor deja născute. În aceste condiții, prezentul motiv de anulare sancționează orice tranzacție care are drept obiect perfectarea unei garanții reale pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii. Este de neexplicat rațiunea pentru care

¹ A se vedea *supra*, §3. Acțiunea în anulare reglementată de art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței, p. 260.

² A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Buzan (coord.), op. cit., p. 520.

debitorul ar accepta avantajarea unui creditor în raport cu alții. Scopul final al acestei reglementări este tocmai de a sancționa ruperea egalității dintre creditori fără un motiv pertinent și real¹. Aceasta este rațiunea pentru care legiuitorul a considerat că înzestrarea creanței chirografare cu un drept de preferință în preajma momentului deschiderii procedurii insolvenței naște serioase semne de întrebare cu privire la justificarea acestei măsuri, fiind limpede că s-a urmărit favorizarea creditorului chirografar prin schimbarea naturii creanței sale².

Prin urmare, este sancționată absența unei concomitențe între nașterea creanței și perfectarea garanției. Bineînțeles că această contemporaneitate între cele două acte vizează momentul încheierii actelor juridice, neavând importanță momentul la care sunt îndeplinite formalitățile de publicare în registrele publice. Chiar dacă în sistemul noului Cod civil, **ipoteca** se consideră născută de la momentul înregistrării în registrele publice – moment ce este ulterior încheierii actului constatator al creanței garantate – acest aspect nu se va putea constitui într-un argument în sensul aplicării prezentului motiv de anulare³. Astfel, termenul de 6 luni va curge de la momentul înscrierii în registrele publice, iar nu de la momentul semnării înscrisului constatator. Înscrierea în cartea funciară a dreptului de preferință, ca operațiune juridică, nu poate fi atacată pe calea acțiunii în anularea actelor frauduloase, prevederile legale speciale în materie instituind o procedură specială în vederea anihilării înscrierilor în cartea funciară⁴. În orice caz, îndreptarea unei acțiuni în anularea actelor frauduloase împotriva înscrierii în cartea funciară a unui drept de preferință este inadmisibilă în lipsa unei hotărâri judecătorești pronunțate asupra validității garanției.

¹ P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1551.

² A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 525.

³ Com. 14.03.2000, no 97-18.328, inedit, în P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1551.

⁴ A. Linchard, Publicite fonciere en nullite de la periode suspecte, în Recueil Dalloz nr. 17/7202, 2005, p. 1151.

În privința **gajului**, conform prevederilor art. 2481 C.civ., acesta se consideră constituit prin remiterea bunului sau titlului către creditor sau, după caz, prin păstrarea acestuia de către creditor, cu consimțământul debitorului, în scopul garantării creanței. În privința aplicării prezentului motiv de anulare, intrarea în posesia bunului supus garanției de către creditorul gajist, odată cu încheierea actului constatator al creanței garantate, nu reprezintă o condiție în vederea respectării contemporaneității constituirii pactului de preferință cu încheierea titlul constatator al creanței, fiind suficient ca *instrumentum*-ul care atestă constituirea gajului să fie contemporan cu actul constitutiv al creanței.

Nu va putea fi vorba despre anulare nici în privința constituirii unor drepturi de preferință care au drept scop **înlocuirea** unora mai vechi, întrucât textul de lege vizează ipoteza perfectării unei garanții reale pentru o creanță ce era chirografară¹. Cu toate acestea va trebui să se țină cont dacă nu cumva și dreptul de preferință originar, care este înlocuit, nu este afectată la rândul-i de același viciu, aspect care ar determina constatarea nulității ambelor garanții². Constituirea unor drepturi de preferință suplimentare nu va putea fi anulată în temeiul art. 117 alin. (2) lit. c) Codul insolvenței, însă va putea face obiectul unei acțiuni în anulare întemeiate pe prevederile art. 117 alin. (1) din același Cod³.

Debitoarea, respectiv creditorul dobânditor al dreptului de preferință, se vor putea apăra cu succes în cadrul unei acțiuni în anulare în ipoteza în care vor fi în măsură să probeze faptul că nu a fost vorba despre o încercare a acordării unui drept de preferință nejustificat aceluși creditor⁴. De exemplu, în ipoteza în care există o contraprestație din partea creditorului (amânarea la plată, renunțarea la penalități etc.), care să justifice transformarea creanței chirografare într-una garantată, nu se va putea pune problema caracterului fraudulos. În schimb, în ipoteza în care

¹ A. Jacquemont, op. cit., p. 311.

² Com. 20.01.1998, no 95-16.402, Bull.civ. IV, no 28, în RTD com. 1999, p. 194, obs. A. Martin Stef.

³ A se vedea *supra*, §3. Acțiunea în anulare reglementată de art. 117 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței, p. 263.

⁴ FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 940.

părțile pârâte nu pot face această dovadă, prezumția de fraudă își va produce efectele, considerându-se astfel că este încălcat art. 4 pct. 4 din Codul insolvenței, anume principiul asigurării unui tratament egal al creditorilor de același rang.

Ipoteca asupra unei universalități de bunuri, denumită în sistemul de drept anglo-saxon – *floating charge*¹ – poate face obiectul unei acțiuni în anulare, în ipoteza în care întrunește condițiile legale.

Ipoteca asupra unei universalități de bunuri, încheiată anterior celor 6 luni de la momentul deschiderii procedurii își va produce efectele și asupra bunurilor care intră în universalitatea aflată sub ipotecă și în interiorul celor 6 luni anterioare deschiderii procedurii insolvenței. Rațiunea acestei concluzii se sprijină pe împrejurarea că bunul nou introdus în universalitatea de bunuri a înlocuit un altul, ce a fost înstrăinat în contrapartidă cu acesta, ipoteca extinzându-se asupra noului bun ca efect al subrogării reale². Așadar se poate pune problema dacă în privința noilor bunuri intrate în universalitate în interiorul celor 6 luni anterioare deschiderii procedurii le este aplicabil regimul juridic al prevederilor art. 117 alin. (2) lit. e) din Codul insolvenței. Răspunsul la această problemă este negativ, întrucât, astfel cum am arătat deja, bunurile ce intră în universalitatea supusă ipotecii nu pot determina apariția unei garanții noi, suplimentare, ci doar înlocuiesc, prin efectul subrogației reale, bunurile ce au ieșit, în contrapartidă, din aceeași masă patrimonială. Este lipsit de relevanță dacă noile active au o valoare superioară celor ce au ieșit, o astfel de ipotecă putând fi

¹ A security (*i.e.* mortgage, lien etc.) that has an underlying asset or group of assets which is subject to change in quantity and value. Corporations can use floating charges and it does not affect their ability to use the underlying asset as normal. Only if the company fails to repay the loan and/or goes into liquidation, does the floating charge become „crystallized” or frozen into a fixed charge. At that point the lender becomes the first-in-line creditor to be able to draw against the underlying asset and/or its value to recoup its loss on the loan.

² A. Jacquemont, *op. cit.*, p. 311.

echivalentă cu cea în care valoarea unui bun ce face obiectul unei ipotece se apreciază¹.

Creditorul a cărui drept de preferință este anulat prin mecanismul reglementat de prezenta procedură va pierde această calitate și va deveni chirografar, respectiv – în ipoteza în care mai deține alte drepturi de preferință – îi vor fi diminuate în consecință drepturile de preferință².

Curtea de Casație franceză a pronunțat o hotărâre extrem de interesantă cu privire la ipoteza în care dreptul de preferință ce face obiectul acțiunii în anulare a fost executat anterior deschiderii procedurii insolvenței. Astfel, s-a hotărât că este lipsit de relevanță faptul că bunul ce a făcut obiectul garanției supuse acțiunii în anulare a fost executat silit, acest aspect neavând cum a se constitui într-un impediment la anularea operațiunii de perfectare a garanției reale pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii³. Confruntându-se cu o astfel de ipoteză, titularul acțiunii în anulare reglementate de Legea nr. 85/2014 va putea solicita creditorului ce a pus în executare bunul afectat de dreptul de preferință fie întoarcerea acestuia (în ipoteza în care a fost executat bunul în contul creanței de către creditor), fie valoarea bunului executat în cadrul unei executări silite de către un terț (acesta din urmă nu va putea fi obligat la restituirea bunului, respectiv la achitarea valorii acestuia)⁴.

Asumarea unor garanții personale (fideiusiunea, scrisoarea de garanție, respectiv scrisoarea de confort – art. 2279-2322 C.civ.), nu poate face obiectul unei acțiuni în anularea actelor frauduloase în temeiul prezentului motiv. În schimb, în condițiile probării existenței unei fraude în daune creditorilor, aceste operațiuni vor putea fi încadrate la alin. (1) al art. 117 din Codul insolvenței sau

¹ În perioadele de avânt economic, cum a fost cea din anii 2001-2008, bunurile se apreciau între 50% și 100% pe an.

² A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 440.

³ Com. 20.11.2001, no 99-21.661, inedit titre, *Rev.proc.coll.* nr. 8/2002, p. 279, obs. G. Blanc.

⁴ Potrivit art. 859 alin. (1) C.proc.civ., orice cerere de evicțiune, totală sau parțială, privind imobilul adjudecat este definitiv stinsă.

chiar la alin. (2) lit. a), în ipoteza în care este vorba despre acte cu titlu gratuit.

Hotărârea judecătorească de instituire a unor **măsurî asigurătorii** în condițiile art. 952-977 C.proc.civ.¹ nu poate fi considerată drept o constituire a unui drept de preferință. Din însăși denumirea procedurii speciale reglementate de textele art. art. 952-977 C.proc.civ. – *Măsurî asigurătorii și provizorii* – se desprinde ideea că nu poate fi vorba despre un drept de preferință pe care îl dobândește creditorul, avantajul obținut în cadrul acestor proceduri fiind acela de a indisponibiliza bunurile în vederea prevenirii înstrăinării în vederea sustragerii de la executarea silită².

Sechestrul asigurător dispus de organele fiscale îmbracă două forme. *Într-o primă formă* – prevăzută de art. 129 alin. (8) și (9) C.proc.fisc. – se constituie într-o măsură asiguratorie, asemănătoare celei reglementate de noul Cod de procedură civilă, care nu poate fi asimilată unui drept de preferință, efectul fiind de indisponibilizare. *Într-o a doua formă* – art. 154 alin. (6) și (8) C.proc.fisc. sechestrul aplicat asupra bunurilor imobile în temeiul alin. (5) constituie **ipotecă legală**, iar organul de executare are obligația de a comunica procesul-verbal de sechestrul biroului de carte funciară pentru efectuarea înscripției ipotecare.

Rezultă deci că cele două proceduri de aplicare a sechestrului asupra bunurilor imobile sunt distincte și, de altfel, se aplică în faze distincte ale procedurii de colectare a creanțelor fiscale. În aceste condiții opinăm în sensul că măsurile dispuse de organele fiscale prin care este instituit un drept de ipotecă legală, în temeiul prevederilor art. 154 C.proc.fisc., în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii insolvenței vor putea fi supuse acțiunii în anulare dictate de textul art. 117 alin. (2) lit. e) din Codul insolvenței.

¹ G.C. Frențiu, D.L. Băldean, Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 1345 și urm.

² În dreptul francez măsurile asigurătorii sunt considerate garanții, fiind supuse implicit acțiunii în anulare specifice procedurilor colective, în P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1567; A. Jacquemont, op. cit., p. 312.

Ipoteca legală întemeiată pe prevederile art. 154 C.proc.fisc. nu este ferită de acțiunea în anulare reglementată de art. 117 din Codul insolvenței, nici prin prevederile din acest act normativ, dar nici prin prevederile din Codul de procedură fiscală. În aceste condiții nu se poate interpreta că o constituire a unui astfel de drept de preferință nu ar putea face obiectul acțiunii în anulare¹.

4.6. Plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii

În vederea stabilirii întinderii efectelor prezentului motiv de anulare, ar trebui determinat dacă scadența unei creanțe este influențată doar de termenul suspensiv sau dacă poate fi vorba și despre o condiție suspensivă. Plecând de la definiția sa legală – art. 1400 C.civ. – anume condiția este suspensivă atunci când de îndeplinirea sa depinde eficacitatea obligației, iar nu nașterea ei²,

¹ În sens contrar, a se vedea C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 2164/2012, în B.C.A. nr. 4/2013, p. 39. Măsurile asigurătorii adoptate de organul fiscal, în condițiile și cu procedura reglementată de O.G. nr. 92/2003 nu constituie acte frauduloase, aflate sub incidența dispozițiilor art. 80 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 85/2006, întrucât organul fiscal nu face altceva decât să se prevaleze de o prerogativă legală, în vederea asigurării recuperării creanțelor bugetare pe care le deține împotriva debitorului. Or, exercitarea unui drept nu poate fi, în sine, vătămătoare pentru alții, decât dacă îmbracă forma unui abuz (*qui suo iure utitur neminem laedit*). Motivarea instanței este departe de a fi solidă întrucât fiecare operațiune juridică prin intermediul căreia se constituie o ipotecă reprezintă o prerogativă legală pe care o au părțile. Textul de lege nu distinge între categoriile de cauze de preferință ce sunt supuse acțiunii în anularea actelor frauduloase, motiv pentru care trebuie interpretat în sensul că inclusiv ipoteca legală constituită potrivit prevederilor art. 154 C.proc.fisc. este supusă acestei acțiuni.

² A. Rățoi, în *Colectiv*, Noul Cod civil, Note. Corelații. Explicații, Ed. C.II. Beck, București, 2011, comentariul art. 1400 (www.legalis.ro), A.G. Uluțu, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.)*, op. cit., ed. a 2-a, 2014, comentariul art. 1400 C.civ. (www.legalis.ro).

rezultă că este posibilă plata unei creanțe afectate de o condiție suspensivă, în mod anticipat¹. Acest aspect este subliniat și de prevederile art. 1343 C.civ. care sub marginala restituirea plății anticipate la teza a II-a stabilește că este supusă restituirii și plata făcută înainte de îndeplinirea condiției suspensive. Prin intermediul mecanismului reglementat de art. 117 alin. (2) lit. e) din Codul insolvenței, o asemenea plată va fi supusă repetițiunii în ipoteza în care se constată ulterior imposibilitatea îndeplinirii condiției. În vederea aplicării prezentului motiv de anulare în privința unei plăți anticipate a unei creanțe afectate de o condiție suspensivă, va fi necesară determinarea momentului în care condiția s-ar fi îndeplinit. În ipoteza în care condiția suspensivă este îndeplinită anterior momentului deschiderii procedurii, plata anticipat făcută nu poate fi supusă acțiunii în anulare a actelor frauduloase specifice prevederilor art. 117 alin. (2) lit. e) din Codul insolvenței.

Decăderea din beneficiul termenului – 1417 C.civ. – survine în ipoteza în care debitorul se află în stare de insolvabilitate sau, după caz, de insolvență declarată în condițiile legii, precum și atunci când, cu intenție sau dintr-o culpă gravă, diminuează prin fapta sa garanțiile constituite în favoarea creditorului, nu constituie garanțiile promise sau din culpa sa, ajunge în situația de a nu mai satisface o condiție considerată esențială de creditor la data încheierii contractului. Activarea acestui mecanism juridic se poate realiza exclusiv pe cale judecătorească. Prin urmare, în vederea punerii la adăpost de acțiunea în anulare a unei plăți realizate anticipat, creditorul va fi dator să solicite instanței de drept comun, în temeiul art. 1417 alin. (2) C.civ., pronunțarea decăderii debitorului din beneficiul termenului, hotărâre ce va trebui pronunțată anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței.

În lipsa pronunțării unei hotărâri de decădere din beneficiul termenului, plata anticipată a unor creanțe în condițiile în care societatea debitoare se afla în stare de insolvență (chiar dacă nedeclarată încă) nu poate reprezenta o tranzacție normală cu situația financiară a societății. Acest motiv de nulitate „reproșează” debitorului și creditorului beneficiar al plății faptul că deși

¹ A. Buta, A. Deli-Diaconescu, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 530.

debitorul nu-și poate achita pasivul exigibil cu activul disponibil, achită totuși o creanță ce nu era scadentă¹. O astfel de tranzacție are menirea de a rupe echilibrul între creditori, fraudă fiind manifestă.

Textul legal conține o precizare extrem de importantă, ce restrânge sfera plăților ce pot fi supuse prezentului motiv de nulitate, stabilind că vor putea fi desființate exclusiv acele plăți anticipate a căror scadență era stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii. Această distincție pe care o conține art. 117 alin. (2) lit. f) din Codul insolvenței este profund neinspirată întrucât lasă loc posibilității de abuz. Astfel, pot fi imaginate situații în care debitorul amână deschiderea procedurii insolvenței tocmai în vederea scoaterii din sfera de aplicare a acestui text de lege a unei anumite plăți. Considerăm, cu titlu de propunere *de lege ferenda* ca distincția făcută de textul de lege suspus discuției să fie eliminată².

O astfel de plată marchează o dorință clară a debitorului de a-l favoriza pe creditorul său, cu intenția de a-l „scăpa” de efectele procedurii concursuale, fiind lipsită de relevanță forma în care este făcută această plată³.

În ipoteza în care se va putea dovedi că, în fapt, plata realizată în avans a deschis o oportunitate suplimentară de afaceri pentru debitoare, această prezumție va putea fi răsturnată⁴. Lipsa însă a unei contraprestații din partea creditorului căruia i s-a făcut plata în avans, care să compenseze acest beneficiu, va face ca prezumția de fraudă să-și producă efectele.

În ipoteza în care doar o parte din datorie este scadentă, iar plata realizată include și partea din datorie neexigibilă, nulitatea va

¹ P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1541-1542.

² În sistemul de drept francez nu este prezentă o astfel de distincție, fiind lipsit de relevanță dacă scadența plății făcute anticipat se plasează anterior momentului deschiderii procedurii ori ulterior acestui moment, în A. Jacquemont, op. cit., p. 307.

³ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 442.

⁴ E.g.: obținerea unor condiții mai avantajoase în ceea ce privește prețul unor mărfuri, condiționată de plata în avans a creanțelor născute anterior, dar încă nescadente.

fi una parțială și va viza exclusiv partea din datorie ce nu era exigibilă la momentul efectuării plății.

Sanțiunea nulității va afecta plata indiferent de forma în care aceasta este realizată¹. Nu importă dacă este vorba despre o plată propriu-zisă (conform raportului obligațional original) sau despre o compensație convențională (compensația de drept poate opera exclusiv dacă există datorii reciproce scadente), darea în plată (art. 1492 C.civ.), cesiunea de creanță în locul executării (art. 1493 C.civ.), respectiv remitere de datorie (art. 1629 C.civ.).

Un efect inedit al nulității plății, demn de a fi subliniat, este legat de ipoteza în care creanța achitată avea și un alt debitor sau era garantată prin fideiusiune. În această ipoteză anularea plății va antrena automat desființarea liberării debitorului sau a garantului fideiutor pentru datoria debitorului².

Acest motiv de anulare poate reprezenta, cu nuanțările aferente, potrivit prevederilor art. 169 alin. (1) lit. g) din Codul insolvenței un motiv de atragere a răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență³.

4.7. Actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă un creditor

Răsturnarea prezumției de fraudă⁴ se va putea realiza prin îndeplinirea a două condiții cumulative:

Debitorul a încheiat tranzacțiile cu bună-credință (prin excepție de la prevederile art. 12 C.civ., buna-credință va trebui dovedită) **în exercitiul firesc al întreprinderii**. Calificarea tranzacției în categoria celor din derularea normală a activității comerciale, trebuie să țină cont de obiectul de activitate al

¹ P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1542.

² A. Bula, A. Deli-Diaconescu, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 531.

³ Pentru detalii, a se vedea Capitolul VI, p. 375.

⁴ FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 941.

societății, anume trebuie să vizeze acte pe care debitoarea le încheie în mod obișnuit în cursul activității sale economice.

La momentul încheierii tranzacțiilor erau motive suficient de credibile pentru a considera că debitoarea va avea de câștigat de pe urma încheierii tranzacțiilor. Caracterul rezonabil al tranzacțiilor, presupune probarea în fața instanței de judecată a faptului că, în mod obiectiv, un administrator diligent și de bună-credință ar fi angrenat debitoarea într-o astfel de tranzacție. Este totodată necesară justificarea unui beneficiu pe care l-a dobândit debitoarea prin realizarea acestei tranzacții în care contraprestația obținută este subevaluată.

§5. Diferențe între acțiunea în anulare întemeiată pe art. 117 alin. (2) și cea întemeiată pe art. 117 alin. (4) din Codul insolvenței

Din analiza comparativă a modului de redactare a textelor mai sus indicate rezultă că cele două alineate vizează raporturi juridice diferite. Art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței permite anularea constituirilor și transferurilor de drepturi patrimoniale, în timp ce alin. (4) al aceluiași articol vizează operațiunile derulate de debitoare cu anumite persoane. Totodată nu poate fi pus semnul egalității între *actele* indicate la art. 117 alin. (2) și *operațiunile* reglementate la alin. (4) din Codul insolvenței întrucât în sfera *operațiunilor* pot intra un complex de acte sau fapte și chiar grupuri de contracte¹.

Diferența terminologică dintre operațiuni, pe de-o parte, și constituirii și transferuri, pe de altă parte, este evidentă. *Operațiunea* este acea activitate comercială, întreprinsă de debitoare în

¹ Gh. Piperea, *Introducere în Dreptul contractelor profesionale*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 80. Grupurile de contracte sunt două sau mai multe contracte strâns legate între ele prin faptul că sunt încheiate în vederea realizării unui obiectiv final comun sau prin faptul că obiectul material al contractelor se transferă succesiv la mai mulți proprietari sau detentori.

scopul atingerii unui anumit scop, ce vizează obiectul său de activitate. Art. 5 pct. 2 din Codul insolvenței, definind activitățile curente, folosește termenul de „operațiuni” când vorbește despre activitățile desfășurate în cursul normal al comerțului său. Prin urmare putem concluziona că raporturile juridice ce intră în sfera de reglementare a art. 117 alin. (4) din Codul insolvenței sunt cele care permit debitoarei desfășurarea activității curente, în cursul desfășurării normale a activității sale în scopul: (i) continuării activității comerciale conform obiectului de activitate; (ii) efectuării operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora; (iii) asigurării finanțării capitalului de lucru în limitele curente. *Constituirea*, respectiv *transferul* de drepturi patrimoniale, vizează o categorie aparte de raporturi juridice, cu caracter special care, din definițiile evidențiate la lit. a)-g) ale alin. (2) al art. 117 din Codul insolvenței, exced cadrul activităților curente ale debitoarei.

Această concluzie trebuie totuși conciliată cu prevederile art. 119 din Codul insolvenței care stabilesc, destul de ferm, că este inadmisibilă formularea unei acțiuni în anulare împotriva transferului cu caracter patrimonial făcut de debitor în cursul desfășurării normale a activității sale.

Această normă de excepție, ce identifică actele ce nu pot face obiectul unei acțiuni în anulare, se referă strict la actele de transfer de drepturi patrimoniale. Folosind doar termenul de transfer, art. 119 din Codul insolvenței vizează exclusiv actele reglementate de art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței. Interpretarea prin analogie în sensul incidenței acestei norme de excepție și în privința operațiunilor reglementate de art. 117 alin. (4) nu este permisă din două considerente. În primul rând, se impune regula *specialia generalibus derogant*, fiind derogatorie de la dreptul comun (art. 117 din Codul insolvenței), norma specială (art. 119 din Codul insolvenței) este de strictă interpretare și aplicare și, implicit, nu poate fi aplicată prin analogie la situațiile ce nu se încadrează în prevederile sale. În al doilea rând, norma juridică, și anume art. 117 alin. (4) din Codul insolvenței, trebuie interpretată astfel încât să-și poată produce efectele, evitând astfel fraudarea legii. Or, în situația în care art. 119 din Codul insolvenței ar avea incidență asupra actelor și operațiunilor reglementate de

art. 80 alin. (2), s-ar ajunge în situația în care un text de lege ar fi lipsit de efecte juridice.

O altă diferență între cele două acțiuni, una întemeiată pe alin. (2), iar cealaltă pe alin. (4) al art. 117 din Codul insolvenței, este dată de necesitatea demonstrării caracterului fraudulos al actului care a fost încheiat în dauna creditorilor pentru operațiunile definite la alin. (4) al art. 117 din Codul insolvenței, față de acțiunea întemeiată pe prevederile alin. (2) al art. 117 din aceeași Cod în cadrul căreia nu este necesară probarea caracterului fraudulos, deoarece operează prezumția de fraudă instituită de art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței.

Concluzionând, ne aflăm în fața a două diferențe majore între acțiunile reglementate de alin. (2) și (4) ale art. 117 din Codul insolvenței. Prima este legată de faptul că operațiunile definite la alin. (4) pot fi și cele efectuate de debitoare în cursul desfășurării normale a activității-sale, spre deosebire de transferurile patrimoniale definite la alin. (2) al aceluiași art. 117 care intră sub incidența inadmisibilității dictate de art. 119 din Codul insolvenței. Cea de-a doua diferență este legată de necesitatea probării caracterului fraudulos, care este obligatorie numai în privința acțiunii întemeiate pe alin. (4), în ceea ce privește acțiunile întemeiate pe alin. (2) operând prezumția relativă de fraudă¹.

¹ În dreptul francez - categoria actelor circumscrise reglementării art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței sunt considerate nule de drept, prin instituirea unei prezumții absolute de fraudă, în A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 440.

Secțiunea a 5-a. Efectele admiterii acțiunii în anulare

§1. Efectele nulității în funcție de operațiunea sau tranzacția anulată

1.1. Anularea plăților

Anularea unei plăți are drept efect nașterea unei obligații în sarcina terțului și a unui drept corelativ al debitorului de a solicita restituirea sumei achitate plus dobânda legală¹. Aspectul efectelor pe care le produce admiterea unei acțiuni în anulare îndreptate împotriva unor operațiuni de plată nu este tratat în Codul insolvenței. În aceste condiții trebuie revenit la prevederile de drept comun, anume cele din noul Cod civil.

Astfel, este necesară determinarea momentului de la care începe să curgă dobânda aferentă sumei supuse restituirii. *Norma generală* în această materie este reprezentată de prevederile art. 1645 C.civ. potrivit căruia, în ipoteza în care cel obligat la restituire a fost de *bună-credință* nu va fi obligat la restituirea fructelor (dobândă) produse de bunul supus restituirii (plata). În ipoteza contrară, atunci când cel obligat la restituire a fost de *rea-credință* va fi dator să restituie fructele (dobânzile) de la momentul primirii plății. În această ultimă ipoteză, dobânzile scadente vor produce ele însele dobânzi de la data depunerii acțiunii în anulare până la momentul restituirii efective.

Norma specială ce reglementează momentul de la care debitorul obligației de plată este de drept în întârziere este reprezentată de art. 1523 C.civ. Acest text de lege stabilește, printre altele, că debitorul se află de drept în întârziere în cazurile anume prevăzute de lege, precum și atunci când: „[...] d) nu a fost executată obligația de a plăti o sumă de bani, asumată în exercițiul activității unei întreprinderi; e) obligația se naște din săvârșirea unei fapte

¹ O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar.

ilicite extracontractuale”. Anularea unei operațiuni de plată prin mecanismul pus la îndemână de prevederile art. 117 alin. (2) lit. f) din Codul insolvenței nu poate fi asimilată nașterii unei obligații (din partea fostului creditor) de a plăti o sumă de bani, asumată în exercitiul activității unei întreprinderi, în schimb ca va putea fi asimilată unei obligații generate de săvârșirea unei fapte ilicite extracontractuale (plata fiind un act fraudulos). În plus, art. 1535 C.civ. generalizează curgerea de drept a dobânzii de la scadență.

În aceste condiții, trebuie considerat faptul că cel care primește plata ce ulterior este desființată în temeiul art. 117 alin. (2) lit. f) din Codul insolvenței este de drept în întârziere, incident fiind cazul nașterii unei obligații din săvârșirea unei fapte ilicite extracontractuale.

1.2. Anularea cesiunii de creanță

Anularea cesiunii de creanță nu are ca efect nașterea unei obligații din partea fostului cesionar de a achita cedentului supus procedurii insolvenței vreo sumă de bani decât în ipoteza în care debitorul cedat a achitat creanța ce a făcut obiectul cesiunii¹.

1.3. Compensarea, darea în plată, precum și restul modalităților de plată

Compensarea, darea în plată, precum și restul modalităților de plată nu vor produce efecte neobișnuite în patrimoniul debitoarei, efectele acestor operațiuni juridice fiind desființate. Ca efect al acestei desființări, părțile sunt puse în situația anterioară.

1.4. Anularea garanțiilor

Anularea garanțiilor îl transformă pe creditorul fost garantat în creditor chirografar², cu condiția ca acesta să nu dețină o altă garanție, caz în care va opera doar o micșorare a valorii garanțiilor.

¹ Cass. Com. 22.11.2001 no 10-25.283, în R.J.D.A. nr. 3/2012, p. 269.

² P.-M. Le Corre, op. cit., p. 1567.

În ipoteza în care bunul/bunurile afectate garanției anulate au fost executate silit, ca efect al desființării dreptului de preferință, debitoarea va fi în drept să primească contravaloarea acestor bunuri. Același efect este generat și în ipoteza în care ipoteca legală constituită în condițiile art. 154 C.proc.fisc. este anulată, creanța transformându-se dintr-una garantată într-una bugetară.

1.5. Anularea actelor subsecvente

Această ipoteză nu vizează acele situații în care bunul ce a făcut obiectul transferului fraudulos este înstrăinat către un subdobânditor, ci vizează acele situații în care, în legătură cu bunul în cauză sunt încheiate acte juridice noi: închiriere, cum ar fi constituirea unui drept de preferință în favoarea unei instituții bancare de către cocontractant etc. Această categorie de acte subsecvente vor putea fi desființate prin aplicarea principiului anulării actelor subsecvente¹. Principiul *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* este aplicabil spre exemplu și în ipoteza în care în mod subsecvent transferului de proprietate ce a fost declarat fraudulos prin mecanismul art. 117 din Codul insolvenței, dobânditorul a încheiat un contract de ipotecă. **Contractul de ipotecă** astfel încheiat nu poate subzista anulării transferului de proprietate întrucât, din moment ce transferul de proprietate nu se poate considera valid, în mod implicit nici constituirea valabilă a contractului de ipotecă nu poate fi afirmată. Aceeași va trebui să fie soluția și în ipoteza în care se demonstrează o complicitate la fraudă între vânzător și cumpărător².

§2. Efectele nulității asupra terțului dobânditor

Noțiunea de terț. Ca regulă, în această categorie poate intra orice persoană cu care debitorul a încheiat acte juridice. În vederea

¹ C.A. Craiova, Secția a II-a civilă, decizia nr. 1885/25.10.2011, în B.C.A. nr. 4/2012, p. 36.

² I.C.C.J., Secția a II-a civilă, decizia nr. 782/28.02.2014 (nepublicată).

simplificării modalității de recunoaștere a tranzacțiilor frauduloase, pot fi identificate mai multe categorii de persoane, al căror potențial fraudulos este mai ridicat. Este cazul administratorilor, respectiv directorilor societății debitoare, a administratorilor de fapt¹, o persoană aflată în legături de afaceri sau în relație de rudenie cu administratorii, respectiv cu directorii debitoarei, asociații/acționarii societății².

În situația admiterii acțiunilor reglementate de art. 117 din Codul insolvenței, terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial va trebui să restituie averii debitorului bunul transferat sau, dacă bunul nu mai există, va întoarce valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor, stabilită prin expertiză efectuată în condițiile legii.

Art. 120 din Codul insolvenței reglementează efectele pe care le generează admiterea acțiunii în anulare, specifice acestei proceduri, față de terții cocontractanți ai debitorului. Principalul efect este cel aferent nulității de drept comun, și anume *restitutio in integrum*. Regimul juridic al acestui principiu, în cazul acțiunilor în anulare specifice procedurii insolvenței este ușor diferit față de cel de drept comun.

Astfel, terțul dobânditor, care a restituit averii debitorului bunul sau valoarea bunului ce-i fusese transferat de către debitor, va avea împotriva averii debitorului o creanță egală cu prețul plătit, la care se poate adăuga cel mult sporul de valoare a bunului, determinat de eventualele investiții efectuate de acesta, cu condiția ca terțul să fi acceptat transferul cu bună-credință și fără intenția de a-i împiedica, întârzia ori înșela pe creditorii debitorului. Terțul dobânditor de *bună-credință*, va putea solicita înscrierea în tabelele de creanțe cu creanța născută în urma restituirii bunului sau valorii acestuia către averea debitorului și va putea participa la distribuiri potrivit prevederilor art. 161 pct. 4 din Codul insolvenței, dobândind astfel un privilegiu ce îl plasează înaintea creditorilor bugetari. Terțul dobânditor de *rea-credință* va fi îndreptățit să primească doar prețul plătit și va putea participa la distribuiri de sume potrivit

¹ A se vedea Capitolul VI, p. 330 și urm.

² FL Memo, Company Law, London, 2011, FL Memo Limited, p. 941.

prevederilor art. 161 pct. 10 lit. a) din Codul insolvenței, fiind situat în penultima ordine de preferință, înaintea creanțelor izvorâte din actele cu titlu gratuit. Reaua-credință a terțului dobânditor trebuie dovedită.

Prevederile legale anterioare (art. 83 din Legea nr. 85/2006) nu reglementau modalitatea în care subdobânditorul de bună-credință își putea materializa creanța împotriva debitorului, născută ca urmare a admiterii acțiunii în anulare. La acea epocă, se punea problema dacă terțul de bună-credință poate solicita și obține un *drept de retenție* asupra bunului restituit averii debitorului ca efect al admiterii acțiunii în anulare, până la momentul restituirii prețului achitat. Jurisprudența¹ de la acea vreme nu a neglijat această posibilitate, instanțele acordând, atunci când s-a solicitat acest lucru, un drept de retenție asupra bunului ce a făcut obiectul transferului/constituirii anulate până la data restituirii integrale a prețului vânzării. Prevederile art. 120 din Codul insolvenței exclud însă această posibilitate, întrucât reglementează cu precizie modalitatea în care cocontractanții își pot satisface creanțele indicând inclusiv ordinea în care aceștia pot participa la distribuiri. Totodată este necesar a fi precizat și faptul că noul Cod civil conține prevederi în materia dreptului de retenție care exclud posibilitatea invocării unui astfel de drept în ipoteza în care deținerea bunului provine dintr-o faptă ilicită, abuzivă ori nelegală – art. 2496 C.civ.

Trebuie subliniat faptul că prevederile din Codul insolvenței au înlănzit sancțiunea ce se aplica terțului dobânditor de rea-credință. Astfel, acesta nu mai pierde dreptul de a se înscrie la masa credală cu suma reprezentând valoarea bunului ce a fost supus acțiunii în anulare, în schimb, astfel cum am precizat deja va putea participa la distribuiri conform prevederilor art. 161 pct. 10 lit. a) din Codul insolvenței.

În vederea înlănzirii executării de bunăvoie a obligației de restituire a bunurilor ce au făcut obiectul acțiunii în anularea actelor frauduloase, legiuitorul a instituit, prin textul alin. (3) al art. 120 din Codul insolvenței, o sancțiune în ceea ce-l privește pe terțul dobânditor, fie de bună sau de rea-credință. Astfel, în ipoteza în

¹ C.A. Iași, Secția comercială, decizia nr. 858/11.06.2007, în Insolvența 2.

care terțul dobânditor nu restituie bunul sau valoarea acestuia de bunăvoie sau pe calea unei tranzacții, creanța sa va putea fi pretinsă numai pe calea cererii reconvenționale formulate în cadrul acțiunii în anulare. Din această reglementare se poate desprinde concluzia conform căreia, în lipsa formulării unei cereri reconvenționale, dublate de un refuz de a restitui bunul de bunăvoie, terțul dobânditor, fie că este de bună sau de rea-credință, își pierde creanța împotriva debitorului.

În doctrină¹ s-a pus problema invocării regulii *error communis facit ius*. Cu toate că aplicarea acestui principiu nu este reglementată în mod expres, autorii citați sunt de părere că acțiunile în anulare specifice procedurii insolvenței pot fi paralizate prin incidența regulii *error communis facit ius*, care presupune ca actele să fie cu titlu oneros, să se refere la bunuri individual determinate, iar la data încheierii contractului, dobânditorul să se fi aflat într-o eroare comună și invincibilă. Considerăm însă că regula *error communis facit ius* nu poate avea incidență în acest caz deoarece acțiunea în anulare specifică procedurii insolvenței, este guvernată de reglementări speciale, derogatorii de la dreptul comun. Mai mult, *de lege lata* – odată cu intrarea în vigoare noul Cod civil – teoria aparenței în drept a primit și o consacrare legislativă, art. 17 C.civ. făcând vorbire despre acele situații în care dobânditorul a achiziționat bunul de la un neproprietar. Deci, teoria *error communis facit ius* ar putea avea incidență numai în acele situații în care debitorul a înstrăinat un bun care nu-i aparținea. Totodată, întrucât prevederile art. 120 din Codul insolvenței permit anularea actelor frauduloase atât în ipoteza în care terțul dobânditor este de bună-credință (situație similară cu posibilitatea invocării *error communis facit ius*), considerăm că invocarea prevederilor art. 17 C.civ. nu se poate constitui într-un argument în vederea respingerii unei acțiuni întemeiate pe prevederile art. 117 din Codul insolvenței.

În situația în care transferul s-a realizat cu *titlu gratuit*, terțul dobânditor de bună-credință va restitui bunurile în starea în care se

¹ St.D. Cărpenu, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 276.

găsesc, iar în lipsa acestora, va restitui diferența de valoare cu care s-a îmbogățit. În caz de rea-credință, terțul va restitui, în toate cazurile, întreaga valoare, precum și fructele percepute.

Textul art. 120 alin. (3) din Codul insolvenței permite părților, în mod indirect, încheierea unei tranzacții (judiciară sau extrajudiciară, *n.n.*), ceea ce înseamnă că prevederile art. 1246 alin. (3) C.civ. își vor găsi incidența și în privința acțiunii în anularea actelor frauduloase¹ – nulitatea contractului poate fi constatată sau declarată prin acordul părților.

În această ipoteză în care se dorește **încheierea unei tranzacții**, în sensul desființării actelor frauduloase încheiate de debitor, se va pune problema modalității în care poate fi manifestat dreptul de dispoziție al titularilor acțiunii în anulare. Vor putea administratorul judiciar/lichidatorul, președintele comitetului creditorilor, respectiv creditorul majoritar să încheie o astfel de tranzacție fără acordul Adunării creditorilor, respectiv a judecătorului-sindic? Răspunsul este unul nuanțat în funcție de titularul acțiunii. Astfel, *administratorul judiciar, respectiv lichidatorul* vor trebui să-și manifeste intenția de a încheia tranzacția, prin indicarea termenilor negociați într-un raport de activitate ce va putea fi atacat ulterior în condițiile art. 59 alin. (6) din Codul insolvenței. Ulterior expirării celor 7 zile în care măsura administratorului judiciar poate fi atacată, respectiv în ipoteza respingerii contestației, administratorul judiciar/lichidatorul va putea tranzacționa asupra acțiunii în anularea actelor frauduloase. *Președintele comitetului creditorilor*, întrucât este împuternicit de comitet să formuleze acțiunea, va trebui să obțină de la acest organ al procedurii acceptul în privința încheierii tranzacției. *Creditorul majoritar* va putea lua de unul singur hotărârea de a încheia sau nu tranzacția, nefiind ținut să obțină o autorizare prealabilă de la unul dintre organele procedurii.

¹ Acest text de lege va putea fi aplicat în temeiul art. 1 alin. (2) C.civ. Anularea actelor frauduloase nu are același regim juridic cu cel al nulității, însă față de asemănarea dintre aceste sancțiuni considerăm că în lipsa unei reglementări din Codul insolvenței, vor putea fi aplicate prevederile art. 1246 alin. (3) C.civ.

§3. Efectele nulității asupra subdobânditorului

Potrivit dispozițiilor art. 121 din Codul insolvenței administratorul judiciar, lichidatorul judiciar, comitetul creditorilor sau creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală va putea introduce acțiune pentru a recupera de la subdobânditor bunul ori valoarea bunului transferat de către debitor, numai dacă subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat. Acesta va putea pretinde de la debitor doar contravaloarea sporului de valoare determinat de investițiile pe care le-a efectuat și va beneficia, în acest scop, de toate drepturile procedurale cuvenite terțului dobânditor de rea-credință potrivit prevederilor art. 120 alin. (2) și (3) și art. 161 pct. 10 lit. a) din Codul insolvenței. Din reglementarea textului legal mai sus indicat rezultă că actul subsecvent operațiunii anulate pe motiv de fraudă în dauna creditorilor poate fi desființat exclusiv în ipoteza în care **subdobânditorul a fost de rea-credință**, buna-credință înlăturând răspunderea acestuia¹.

În privința subdobânditorului, operează o *prezumție relativă de rea-credință* în cazul în care acesta este soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv al debitorului [art. 121 alin. (2) din Codul insolvenței]. Exprimarea textului de lege lasă însă mult de dorit întrucât în ipoteza în care debitorul este o persoană juridică (adică în cele mai multe cazuri), nu se poate pune problema

¹ Neconsultarea informațiilor înscrise în arhiva electronică de garanții reale mobiliare, privind garanția instituită asupra unui bun mobil, nu poate fi apreciată ca o dovadă a relei-credințe. Nicio normă legală nu instituie obligația cumpărătorului unui bun mobil de a consulta arhiva electronică de garanții reale mobiliare la momentul încheierii contractului, încât, potrivit art. 1294 C.civ. din 1864 (art. 1650 C.civ.), convenția de vânzare este în mod valabil încheiată, în momentul în care părțile s-au înțeles asupra bunului și a prețului. Lipsa de vigilență a dobânditorului nu este sancționată prin considerarea acestuia ca fiind de rea-credință și ca având intenția de a fraudă creditorii, ci prin faptul că aceasta dobândește bunul, grevat de gaj, cu riscul de a putea fi urmărit. C.A. Craiova, Secția comercială, decizia nr. 138/02.02.2011, în B.C.A. nr. 5/2011, p. 25.

existenței unei relații de rudenie cu persoane juridice. Astfel o societate nu poate avea soț, rudă sau afîn. Cel mai probabil textul în cauză își va produce efectele în ipoteza în care subdobânditorul are calitatea indicată mai sus cu reprezentantul sau acționarul majoritar al debitoarei persoană juridică.

Anularea titlului subdobânditorului nu poate fi dispusă decât în urma unei acțiuni intentate de administrator, lichidator sau comitetul creditorilor, respectiv creditorul majoritar în contradictoriu cu subdobânditorul, pentru a-i da posibilitatea acestuia să se apere cu privire la îndeplinirea condițiilor de admitere a unei asemenea acțiuni. Astfel, nu se poate considera că titlul subdobânditorului a fost anulat prin dispoziția – „anularea tuturor actelor subsecvente” – cuprinsă într-o încheiere de îndreptare eroare materială a unei hotărâri pronunțate într-un litigiu în care subdobânditorul nu a fost parte, titlul său nefiind supus examinării judiciare și nici identificat în dispozitivul acelei hotărâri¹.

Pentru a fi admisă o astfel de acțiune, trebuie să fie probată împrejurarea că subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și că avea cunoștință sau trebuia să cunoască despre faptul că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat². În vederea întoarcerii bunului de către subdobânditor în patrimoniul debitorului se observă că textul art. 121 din Codul insolvenței a înțeles, în mod curios, să folosească termenul „a recupera”, spre deosebire de noțiunea de „anulare” folosită în art. 117 din același Cod.

În primul rând trebuie să clarificăm dacă în conformitate cu art. 121 din Codul insolvenței comitetul creditorilor, respectiv creditorul majoritar trebuie să aștepte să vadă dacă administratorul judiciar/lichidatorul introduce sau nu o acțiune de recuperare de la subdobânditor a bunului ori a valorii bunului transferat de către debitor. În contrast cu textul art. 118 din Codul insolvenței, prevederile art. 121 nu impun o asemenea condiție, reglementând posibilitatea acestor titulari ai acțiunii în anulare de a recupera

¹ I.C.C.J., Secția a II-a civilă, Decizia nr. 3045/11.10.2011 (www.legalis.ro).

² C.A. Brașov, Secția comercială, decizia nr. 452/28.10.2008, în Insolvența 2.

bunul. Caracterul subsidiar al calității procesual active a comitetului creditorilor, respectiv a creditorului majoritar, prin raportare la cea deținută de administratorul judiciar/lichidator este inaplicabil în ipoteza acțiunii în contra transferului subsidiar, prevederile art. 118 din Codul insolvenței făcând trimitere exclusiv la acțiunea întemeiată pe art. 117 din Codul insolvenței, fără a o menționa și pe cea de la art. 121.

Pentru a formula o acțiune în vederea recuperării bunului de la subdobânditor, este necesară anularea transferului inițial sau cele subsecvente anterioare celui vizat, în cazul în care sunt mai mulți subdobânditori. Regimul juridic al acestei acțiuni se sprijină pe teoria anulării actelor subsecvente. Conform prevederilor art. 1254 C.civ. desființarea contractului atrage, în condițiile legii, și desființarea actelor subsecvente încheiate în baza lui. Este adevărat, în capitolul introductiv destinat naturii juridice a acțiunii în anulare a actelor frauduloase am reținut că sancțiunea dictată de prevederile art. 117 și urm. din Codul insolvenței nu poate fi calificat drept o nulitate de drept comun însă, în lipsa unei reglementări concrete privitoare la mecanismul prin care actele subsecvente sunt desființate în vederea recuperării bunului de la subdobânditor, se va apela la prevederile art. 1 alin. (2) C.civ., potrivit căruia în cazurile neprevăzute de lege se aplică dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare.

Pe fondul acțiunii în anulare instanța va trebui să verifice îndeplinirea condițiilor impuse de art. 121 din Codul insolvenței, urmând să determine dacă subdobânditorul a plătit prețul aferent tranzacției și să stabilească dacă subdobânditorul cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial era susceptibil de a fi anulat.

Secțiunea a 6-a. Incidente procedurale legate de acțiunea în anulare

§1. Calitatea procesual-activă

1.1. Lichidatorul/administratorul judiciar

Acesta este principalul titular al acestei acțiuni. Cererea de anulare a actelor frauduloase va fi introdusă de administratorul judiciar/lichidator în nume propriu, în calitatea sa de organ al procedurii insolvenței. În caz contrar, dacă acțiunea nu este formulată în acest mod, practicianul în insolvență va îndeplini doar rolul de reprezentant al debitoarei făcând incidente prevederile art. 218 alin. (1) C.civ. care statuează că actele făcute de organele persoanei juridice sunt actele persoanei juridice înseși. În consecință, acțiunea formulată de practicianul în insolvență în numele debitoarei va fi respinsă pentru lipsa calității *procesual-active*, deoarece Codul insolvenței nu-i oferă acesteia calitatea de reclamant, indiferent dacă reprezentantul său este administratorul judiciar/lichidatorul.

Formularea acțiunii în anulare de către administratorul judiciar/lichidator în calitatea sa de reprezentant al debitoarei se lovește de o altă problemă pe plan procesual, și anume lipsa calității de reprezentant a lichidatorului în ceea ce-l privește pe debitor, deoarece art. 122 alin. (6) din Codul insolvenței atribuie calitatea de reprezentant al debitorului în acțiunile în anulare, exclusiv administratorului special. Prin urmare, exercitarea acțiunii în anulare de către administratorul judiciar în calitate de reprezentant al debitoarei va atrage nulitatea cererii de chemare în judecată, în condițiile art. 151 și art. 171 pct. 2 C.proc.civ.

1.2. Comitetul creditorilor sau creditorul majoritar

În primul rând, trebuie ca principalul titular al acțiunii, administratorul judiciar/lichidatorul, să nu introducă acțiunea în anularea actelor frauduloase. În doctrină¹ s-a arătat că introducerea acțiunii în anulare de către comitetul creditorilor nu poate fi acceptată oricum, ci numai dacă se probează riscul pierderii termenului sau refuzul expres sau implicit al administratorului judiciar/lichidatorului de a introduce acțiunea. Dacă, spre exemplu, comitetul creditorilor, respectiv creditorul majoritar a pus în discuție, necesitatea introducerii unei astfel de acțiuni, iar administratorul judiciar/lichidatorul a refuzat expres sau a omis să introducă acțiunea, atunci este posibilă formularea acțiunii în anulare de către comitetul creditorilor. Astfel, condiția prealabilă pentru dobândirea calității procesual-active de către comitetul creditorilor, respectiv de către creditorul majoritar este, deci, inactivitatea administratorului judiciar/lichidatorului față de unul sau mai multe acte juridice ale debitorului care ar putea intra sub incidența art. 117 din Codul insolvenței.

În al doilea rând, în vederea formulării acțiunii de către comitetul creditorilor, este necesară adoptarea unei hotărâri a acestui organ al procedurii, votată în condițiile art. 51 alin. (1) lit. f) și (4) din Codul insolvenței, prin care să se decidă promovarea uneia dintre acțiunile reglementate de art. 117. Ulterior adoptării hotărârii, președintele comitetului creditorilor sau o altă persoană indicată în hotărârea comitetului creditorilor va formula acțiunea în anularea actelor frauduloase. Pentru a fi respectate condițiile de admisibilitate este necesară depunerea, odată cu acțiunea sau până la primul termen de judecată, hotărârii prin care s-a votat în cadrul comitetului creditorilor în sensul promovării acțiunii.

În lipsa unui comitet al creditorilor, fie datorită existenței unui singur creditor, fie din cauza inexistenței unei numiri în acest sens, acțiunea va putea fi exercitată fie de creditorul unic, fie, în caz de pluralitate de către Adunarea creditorilor, în ipoteza în care, în condițiile art. 50 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței din

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 411.

cauza numărului mic de creditori, judecătorul-sindic nu consideră necesară constituirea unui comitet al creditorilor și transferă toate atribuțiile acestui organ al procedurii către Adunarea Creditorilor.

§2. Calitatea procesual pasivă

Conform art. 122 alin. (6) din Codul insolvenței, au calitate procesuală pasivă în acțiunile în anulare prevăzute la art. 117 debitorul și, după caz, terțul dobânditor ori subdobânditorul. Debitorul va fi citat în calitate de pârât prin administratorul special sau prin curator special, potrivit prevederilor art. 53 alin. (3).

Această reglementare este una imperativă, ce nu permite nicio derogare. Astfel, în practică se pune problema efectelor pe care le produce pe tărâm procesual, formularea unei cereri în anulare care nu respectă cerința impusă de art. 122 alin. (6) și care este formulată fie doar în contradictoriu cu debitorul fie doar în contradictoriu cu cocontractantul său. Doctrina¹ a reglementat această situație sub forma litisconsorțiului necesar, care reunește mai multe persoane în calitate de reclamante sau de pârâte care, altfel decât împreună, nu pot acționa sau nu se pot apăra, întrucât dreptul substanțial, „material” le conferă numai împreună – ca ansamblu de persoane – calitatea de titulari ai dreptului sau ai obligației. Această exigență a dreptului material se traduce apoi în plan procesual: acțiunea trebuie exercitată de toți sau contra tuturor celor aflați în litisconsorțiu.

Odată semnalată această problemă de către una dintre părți, sau sesizată din oficiu de către judecătorul-sindic, în temeiul art. 78 C.proc.civ. instanța va trebui să pună în discuția părților necesitatea introducerii în cauză a altor persoane. Dacă niciuna dintre părți nu solicită introducerea în cauză a terțului, iar judecătorul apreciază că pricina nu poate fi soluționată fără participarea terțului, va respinge cererea, fără a se pronunța pe fond.

¹ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 520-521.

Astfel, nerespectarea cerințelor impuse de art. 122 alin. (6) din Codul insolvenței în ceea ce privește persoanele ce pot fi chemate în judecată poate atrage respingerea acțiunii ca fiind formulată împotriva unei persoane care singură nu poate avea calitate procesual-pasivă. Această neregulă procesuală poate primi mai multe calificări. Se poate vorbi despre o inadmisibilitate sau, după cum în mod inedit a fost calificată în practica judiciară generată de vechea Lege nr. 85/2006 – **excepția lipsei coparticipării procesual pasive obligatorii**¹.

§3. Necompetența

Cu titlu general, judecătorul-sindic este competent să judece toate acțiunile întemeiate pe prevederile art. 117 și urm. din Codul insolvenței, atât cele ce au drept scop anularea actului fraudulos, cât și cele prin care se tinde la restituirea bunurilor de la subdobânditori.

În schimb, acțiunile în anulare/constatarea nulității de drept comun, îndreptate împotriva actelor sau operațiunilor ce nu intră în sfera de reglementare a art. 117 din Codul insolvenței, nu vor putea fi judecate în fața judecătorului-sindic, acesta fiind obligat să-și decline competența în favoarea instanței de drept comun, competența materială urmând a se stabili în funcție de valoarea pe care o are obiectul dedus judecății.

Trebuie făcută totuși o precizare, în sensul că de la data deschiderii procedurii de insolvență, anularea unor acte încheiate de debitor în cei 2 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență, pentru motivul fraudei în dauna creditorilor, se poate face exclusiv prin intermediul acțiunilor prevăzute la art. 117 din Codul insolvenței, ceea ce înseamnă că, din punctul de vedere al competenței, asemenea acțiuni vor fi judecate, fără excepție, de către judecătorul-sindic.

¹ Încheierea de ședință din 9.06.2011, pronunțată în dosarul 2059/105/2007/a2 aflat pe rolul Tribunalului Prahova (nepublicată).

§4. Prematuritatea

În primul rând, pentru a nu fi respinsă ca prematură, acțiunea trebuie formulată ulterior momentului fixat de judecătorul-sindic pentru întocmirea raportului prevăzut de art. 97 din Codul insolvenței de către administratorul judiciar/lichidator.

Dacă ipoteza mai sus indicată este respectată, problema prematurității se mai poate ridica numai în situațiile în care comitetul creditorilor, respectiv creditorul majoritar este cel care formulează acțiunea în anulare. Cu alte cuvinte, ca și în cazul celor evocate în secțiunea dedicată lipsei calității procesual-active, este necesar ca principalul titular al acțiunii, administratorul judiciar/lichidatorul, să nu introducă acțiunea în anularea actelor frauduloase, astfel încât comitetul, respectiv creditorul majoritar să o poată face. Este adevărat că aceleași argumente pot fi aduse și în sprijinul invocării excepției lipsei calității procesual-active, însă aceste două excepții nu se exclud.

Capitolul VI

Acțiunea în atragerea răspunderii

Secțiunea 1. Aspecte introductive

§1. Natura juridică

Odată cu intrarea unei societăți în insolvență, pe lângă măsurile benefice pe care le prevede Codul insolvenței, de atenuare a stresului generat de problemele de lichiditate cu care se confruntă societatea, este și momentul ca activitatea și conduita administratorilor, dar nu numai¹, să fie supuse unei analize atente, în vederea identificării, dacă este cazul, a răspunderii pentru apariția, respectiv contribuția la apariția stării de insolvență.

Răspunderea membrilor organelor de conducere ale persoanei juridice pentru datoriile acesteia are un **caracter extraordinar**, întrucât aceștia nu acționează în relațiile cu terții în nume propriu, ci în calitate de reprezentanți ai persoanei juridice. Legea societăților nr. 31/1990 prin textul art. 73 alin. (2) limitează în mod expres responsabilitatea organelor de conducere ale societății. Aceasta este rațiunea pentru care s-a considerat, pe bună dreptate, că se poate vorbi despre o prezumție de nerăspundere a membrilor organelor de conducere ale persoanei juridice pentru datoriile societății, de unde și concluzia că cei îndreptățiți să introducă acțiunea în răspundere contra acestora, în cazul în care persoana juridică în cauză se află în procedura insolvenței, trebuie să

¹ După cum vom arăta (*infra*, p. 332 și urm.), răspunderea pentru contribuția la apariția stării de insolvență nu este una cu subiect activ calificat, în persoana organelor de conducere statutare, ci poate fi atrasă și împotriva alte persoane.

dovedească toate elementele răspunderii, atât cele generale, cât și cele speciale¹.

Răspunderea pentru apariția stării de insolvență nu este limitată la persoanele din conducerea societății, textul art. 169 din Codul insolvenței extinzând răspunderea față de orice persoană care a contribuit la apariția stării de insolvență.

Natura juridică a acțiunii în răspundere este extrem de controversată în doctrina de specialitate. Diferența dintre răspunderea civilă delictuală și cea contractuală este relevată de prevederile art. 1349-1350 C.civ. **Răspunderea civilă delictuală va putea fi atrasă ori de câte ori sunt încălcate normelor de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și care aduce atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. La pol opus, răspunderea civilă contractuală va putea fi atrasă pentru neexecutarea obligațiilor pe care le-a contractat debitorul.**

Într-o primă opinie², determinarea naturii juridice a răspunderii persoanelor vizate de art. 169 din Codul insolvenței este consecința calificării raporturilor juridice dintre administratori, directori și cenzori, pe de o parte, și persoana juridică, pe de altă parte. Conform acestei opinii, natura răspunderii va fi determinată de sursa obligației încălcate sau neîndeplinite. În unele cazuri va fi răspundere civilă contractuală³, bazată pe raporturile juridice dintre

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 419.

² I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței – comentariu pe articole*, ed. a 4-a, op. cit. (www.legalis.ro); St.D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, op. cit., p. 788. M. Șcheaua, *Răspunderea civilă a membrilor organelor de conducere ale societăților comerciale, reglementată de Legea nr. 85/2006*, în P.R. nr. 2/2006, p. 144.

³ În mod izolat și, spunem noi, greșit, jurisprudența a reținut că din modul în care a fost conceput textul art. 138 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006 [textul vechii reglementări este identic cu noul art. 169 alin. (1) lit. d) din Codul insolvenței], rezultă că simplul fapt că administratorul debitoarei nu a ținut contabilitatea în conformitate cu legea, a ținut o contabilitate fictivă sau a făcut să dispară unele documente contabile este suficient pentru a opera atragerea răspunderii patrimoniale fără a mai fi nevoie de a proba elementele ce compun răspunderea civilă obișnuită și,

societate și organele sale de conducere (contractul de management)¹, iar în altele va fi o răspundere civilă delictuală.

Această opinie a fost criticată pe bună dreptate, deoarece se îndepărtează de la scopul procedurii insolvenței, și anume cel de a acoperi creanțele datorate creditorilor. Răspunderea pentru prejudiciile suferite de societate sau acționarii acesteia ca urmare a încălcării obligațiilor aferente raportului juridic dintre societatea debitoare și organele sale de conducere, are un alt temei legal, anume cel reglementat de art. 73 din Legea nr. 31/1990.

Natura juridică a răspunderii civile depinde de natura juridică a raportului obligațional preexistent între debitorul și creditorul raportului juridic de răspundere². Prin formularea cererii de atragere a răspunderii nu se urmărește repararea prejudiciului debitorului, ci pe acela al creditorilor³. Cum între creditorii din procedura insolvenței și cei care se fac vinovați de contribuirea la apariția stării de insolvență nu există un raport contractual, rezultă că repararea prejudiciilor poate fi realizată numai pe temeiul răspunderii civile delictuale. De aceea, răspunderea pentru intrarea debitoare în insolvență, având un temei legal derogator de la dreptul comun (art. 169 din Codul insolvenței), reprezintă o formă specială de răspundere civilă delictuală, care îmbină caracteristicile răspunderii delictuale de drept comun cu elementele specifice prevăzute de Codul insolvenței⁴. În același sens, s-a arătat că această răspundere este una derogatorie de la dreptul comun, deoarece nu răspunde persoana care a cauzat prejudiciul (în speță

întrucât ne aflăm pe tărâmul răspunderii civile contractuale, culpa este prezumată, potrivit art. 1082 C.civ., iar răspunderea trebuie apreciată *in abstracto*, cu mai multă rigurozitate, avându-se în vedere că s-a acționat în temeiul unui mandat comercial. Trib. București, sentința comercială nr. 2539/17.10. 2006, în Insolvența 3.

¹ St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 452.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 738; Gh. Piperea, Drept comercial, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 429.

³ L.O. Iancu, Răspunderea pentru apariția stării de insolvență, vol. I, Ed. Eurostampa, București, 2013, p. 195.

⁴ Idem, p. 428.

societatea debitoare), ci **persoana care contribuie** la apariția insolvenței societății debitoare, adică o entitate distinctă de cea cu care creditorii sunt în relații contractuale/delictuale¹.

Acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței instituie o formă de răspundere specifică procedurii insolvenței, ce trebuie subsumată scopului procedurii insolvenței (art. 2 din Codul insolvenței), anume acoperirea pasivului debitorului. Prin urmare, scopul acestei acțiuni este acela de a acoperi insuficiența activului² și, implicit, acoperirea prejudiciilor suferite de creditorii în ipoteza în care activul este neîndestulător pentru acoperirea tuturor creanțelor, ceea ce-i conferă implicit și natură delictuală [acoperirea prejudiciilor suferite de terți (creditorii) cu care persoana responsabilă nu are în mod evident nicio legătură contractuală]. Răspunderea pentru contribuirea la apariția stării de insolvență este asemănătoare (sub aspectul naturii sale delictuale) celei reglementate de art. 219 C.civ. care stabilește că faptele ilicite atrag și răspunderea personală a celui ce le-a săvârșit, atât față de persoana juridică, cât și față de cel de-al treilea, adică față de creditorii (*s.n.*).

În ceea ce privește **natura răspunderii** instituite de art. 169 din Codul insolvenței, considerăm că lămuritoare sunt și prevederile alin. (1) din același text de lege, care stabilesc că răspunderea poate fi atrasă pentru comiterea uneia dintre **faptele** indicate la lit. a)-h). Din moment ce textul de lege limitează posibilitatea atragerii răspunderii exclusiv cu privire la pagubele generate de comiterea acestor fapte, este cert că nu putem fi în fața unei răspunderi civile contractuale, ci exclusiv în fața uneia delictuale³.

¹ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 516.

² A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 557.

³ C.A. București, Secția a V-a comercială, decizia nr. 2026/2007, în P.R. nr. 3/2008, p. 224; C.A. București, Secția a VI-a, decizia nr. 86/R/2010, în L. Neagu, *Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere. Practică judiciară*. Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 9-10. În același sens, aceeași lucrare p. 18 este și decizia nr. 209/2010 a C.A. Alba Iulia, potrivit căreia răspunderea nu este contractuală, pe temeiul contractului de mandat, ci o răspundere delictuală, de sine stătătoare, ce nu rezultă din neîndeplinirea corespunzătoare

Suplimentar trebuie precizat că faptele în temeiul cărora poate fi atrasă răspunderea pentru apariția insolvenței trebuie săvârșite cu intenție. Prin urmare persoana care poate fi făcută responsabilă trebuie să fi acționat cu bună-știință și cu intenția de a frauda interesele creditorilor¹, întrucât provocarea insolvenței are ca rezultat direct producerea unei pagube în patrimoniul creditorilor.

Apreciem că introducerea unei cereri întemeiate pe prevederile art. 169 din Codul insolvenței, prin care se încearcă atragerea răspunderii contractuale este inadmisibilă, întrucât nu este compatibilă cu regimul juridic specific acestei forme de răspundere².

În concluzie, trebuie reținut că, lipsind raportul juridic contractual între managerii societății debitoare și creditorii acesteia, răspunderea civilă pentru apariția stării de insolvență este, prin esența sa, o formă de răspundere civilă delictuală, bincințeles cu particularitățile sale specifice.

Astfel, persoanele care se fac vinovate de apariția stării de insolvență, vor suporta o parte din pasivul debitoare – sau chiar întregul pasiv, în ipoteza în care sunt întrunite condițiile legale – nu ca urmare a producerii acestor pagube în mod direct, ci pentru că, prin săvârșirea faptelor indicate la art. 169 din Codul insolvenței, debitorul a ajuns în stare de insolvență și, implicit, în imposibilitate de a-și achita pasivul³. Noul text de lege este mult mai restrictiv față de persoanele ce sunt vizate de prevederile art. 169 din Codul insolvenței, permițând atragerea răspunderii

a mandatului dat organului de conducere a societății, ci din săvârșirea unor fapte ilicite.

¹ B. Hamigan, *Company Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, p. 697; St. Mayson, D. French Ch. Ryan, *Company Law*, Oxford University Press, 2010, p. 691.

² Pentru opinia contrară, menționăm că a fost reținut în doctrina recentă caracterul dualist al naturii juridice a acțiunii în atragerea răspunderii, arătându-se că în funcție de natura raportului juridic încăleat, ea va avea o natură juridică contractuală (este încălecată o obligație contractuală sau o obligație din statut) sau delictuală (dacă sunt încălecate obligații prevăzute de lege), în L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 812.

³ I. Adam, C. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 761.

inclusiv pentru ipoteza în care a existat doar o contribuție la apariția stării de insolvență, iar nu doar pentru cauzarea acesteia, astfel cum era prevăzut în vechiul art. 138 din Legea nr. 85/2006.

§2. Regimul reparator vs. regimul sancționator

Răspunderea instituită prin mecanismul art. 169 din Codul insolvenței este una **civilă, patrimonială**, dată în competența judecătorului-sindic și vizează, în principal, **acoperirea unui prejudiciu** cauzat prin săvârșirea unor fapte, de natură delictuală, ce sunt enumerate de textul legal.

Cu titlu complementar, textul art. 169 alin. (10) din Codul insolvenței impune o **îngrădire¹ a capacității de exercițiu²** în privința persoanei făcute responsabilă pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, prin instituirea interdicției de a mai ocupa funcția de administrator pe o perioadă de 10 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii, respectiv decăderea din acest drept în ipoteza în care persoana în cauză ocupă la momentul definitivării hotărârii o astfel de funcție. Această noutate legislativă este benefică, conținând inclusiv o funcție de prevenție, prin sancționarea conduitei administratorilor care au acționat sub standardele de probitate și competență de care trebuie să dea dovadă³. Rațiunea instituirii acestei sancțiuni complementare, **nepatrimoniale**, rezidă în eficacitatea practică redusă pe care o avea punerea în executare a hotărârii de atragere a răspunderii, în special în ipoteza în care patrimoniul persoanei responsabile nu

¹ Art. 29 C.civ. instituie posibilitatea limitării capacității de exercițiu, restrângând-o la cazurile și în condițiile expres prevăzute de lege. Prevederile art. 169 alin. (10) din Codul insolvenței reglementează un astfel de caz.

² Capacitatea de exercițiu este aptitudinea persoanei de a-și exercita drepturile și de a-și asuma obligații civile, prin încheierea de acte juridice civile, E. Chelaru, în *FLA. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 28 C.civ. (www.legalis.ro).*

³ B. Hannigan, op. cit., p. 695-696.

cuprinde elemente de activ care să poată fi valorificate¹. Trebuie menționat faptul că deși la o primă vedere sancțiunea are un caracter nepatrimonial, întrucât este îngădită libera exercitare a funcției de administrator, efectele sale indirecte pe plan patrimonial nu pot fi neglijate².

În fața acestei noi realități normative, acțiunea în răspundere reglementată de art. 169 din Codul insolvenței nu mai poate fi calificată drept una lipsită de caracter sancționator³, astfel cum era considerată pe bună dreptate în reglementarea vechii Legi nr. 85/2006. Prima componentă a răspunderii, cea care determină acoperirea prejudiciilor cauzate de insuficiența activului a rămas fără componenta sancționatorie, cuantumul total al despăgubirilor neavând cum să depășească pagubele suferite de creditorii. În schimb, sancțiunea complementară a limitării capacității de exercițiu a persoanei făcute responsabile de surveniența insolvenței prin instituirea interdicției de a mai ocupa funcția de administrator pentru o perioadă de 10 ani de la momentul definitivării hotărârii judecătorești are un puternic caracter sancționator. În sistemul de drept anglosaxon, pronunțarea unei sancțiuni complementare, deși lăsată la latitudinea instanței de judecată, este mult mai energică, întrucât, pe lângă interdicția de a mai ocupa funcția de administrator, judecătorul poate suprima inclusiv dreptul de a mai constitui societăți noi⁴. Caracterul sancționator al acțiunii în atragerea răspunderii nu se va regăsi însă în ipoteza în care atragerea ca pârât figurează moștenitorul persoanei care a contribuit la apariția stării de insolvență. În acest caz acțiunea va avea eminamente caracter reparator, sancțiunea complementară putând

¹ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 834.

² Ibidem.

³ Gh. Piperea, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 432.

⁴ Ordinul de descalificare, cum este denumit în sistemul anglo-saxon, face ca persoana responsabilă pentru insuficiența pasivului să nu mai poată ocupa funcția de administrator, atât în mod direct, cât și prin interpuși. Persoana în cauză are interdicție inclusiv să promoveze ori să fondeze noi societăți, respectiv să fie administrator judiciar ori lichidator – St. Mayson, D. French Ch. Ryan, op. cit., p. 700.

fi aplicată *in personam*, adică exclusiv persoanei care a comis fapta ilicită.

În vederea asigurării publicității către terți și, totodată, pentru a se asigura efectivitatea interdicției instituite de art. 169 alin. (10) din Codul insolvenței, sentința judecătorului-sindic se va comunica din oficiu către ONRC. Aceeași obligație îi va reveni instanței de apel în ipoteza în care fiind investită cu judecata apelului împotriva unei hotărâri de respingere a atragerii răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență, admite apelul și modifică hotărârea primei instanțe în sensul admiterii acțiunii. În ciuda faptului că art. 169 alin. (9) din Codul insolvenței impune comunicarea hotărârii către ONRC numai dacă a fost atrasă răspunderea administratorului statutar, opinăm în sensul că o astfel de notificare va trebui transmisă către ONRC și în ipoteza în care persoana responsabilă nu a avut funcția de administrator statutar. Rațiunea acestei concluzii rezidă tocmai în necesitatea de a se asigura efectivitatea sancțiunii complementare a decăderii din dreptul de a mai ocupa o funcție de conducere¹.

Deși textul de lege face vorbire despre interdicția de a ocupa funcția de administrator, ea va trebui interpretată în mod larg, urmând a fi înglobate toate funcțiile de conducere reglementate de Legea nr. 31/1990. Astfel, persoana față de care s-a atras răspunderea nu va mai putea fi membru al unui organ de conducere sau de supraveghere cu atribuții de administrare executivă sau neexecutivă².

§3. Diferențierea de alte tipuri de răspundere

Instituția atragerii răspunderii persoanelor care se fac vinovate de apariția stării de insolvență este diferită de posibilitatea

¹ În sens contrar, a se vedea L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 812. Autorul consideră că notificarea ONRC cu privire la pronunțarea hotărârii de atragere a răspunderii se realizează exclusiv în ipoteza în care persoana responsabilă a avut calitatea de administrator.

² L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 834.

extinderii executării silite contra patrimoniului **asociațiilor răspunzători nelimitat** în temeiul art. 164 din Codul insolvenței, prin aceea că ipoteza reglementată de art. 164 din Codul insolvenței nu impune parcurgerea unei faze premergătoare, contradicțorii, ce are drept finalitate obligarea persoanelor în cauză la achitarea datoriilor societare. Din contră, în situația răspunderii nelimitate, judecătorul-sindic dispune direct autorizarea executării silite împotriva persoanelor vizate de prevederile art. 164 din Codul insolvenței¹.

Este de asemenea diferit regimul juridic al răspunderii reglementate de art. 169 din Codul insolvenței de cel referitor la **confuziunea de patrimonii** [art. 193 alin. (2) C.civ.]. Dacă primul alineat al art. 193 C.civ. statuază la nivel de principiu că persoana juridică participă în nume propriu la circuitul civil și răspunde pentru obligațiile asumate cu bunurile proprii, consacrand astfel principiul separației de patrimonii, alin. (2) al aceluiași art. 193 C.civ. impune și o primă derogare de la acest principiu, anume ipoteza în care se invocă împotriva unei persoane de bună-credință calitatea de subiect de drept a unei persoane juridice, dacă prin aceasta se urmărește ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei atingeri aduse ordinii publice. Inclusiv răspunderea instituită potrivit prevederilor art. 169 din Codul insolvenței reprezintă o derogare de la prevederile art. 193 alin. (1) C.civ., însă ea nu se poate confunda cu mecanismul reglementat de art. 193 alin. (2) C.civ. care nu instituie o răspundere civilă, ci aneantizează personalitatea juridică folosită în mod abuziv, fictiv, lăsând-o practic fără efecte juridice, prin înlocuirea subiectului pasiv (persoana juridică) cu persoana fizică.

Răspunderea administratorilor față de societate, reglementată de art. 71 și urm. din Legea nr. 31/1990 se distinge la rândul său de acțiunea legiferată de art. 169 din Codul insolvenței prin aceea că prejudiciul, în cazul primei forme de răspundere aparține

¹ I. Turcu, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 221-220.

societății și, indirect, acționarilor/asociaților¹, în timp ce acțiunea reglementată de Codul insolvenței vizează acoperirea prejudiciilor cauzate creditorilor. Această diferență este relevantă de art. 73 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, care stabilește faptul că acțiunea în răspundere împotriva administratorilor aparține și creditorilor societății, care o vor putea exercita numai în caz de deschidere a procedurii reglementate de Legea nr. 85/2014.

Posibilitatea acordată creditorilor de textul art. 73 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, de a-i acționa în judecată pe administratorii societății în vederea acoperirii prejudiciilor cauzate de aceștia nu trebuie confundată cu acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței. Legea societăților pune la îndemâna creditorilor și o acțiune individuală în cadrul căreia se poate proba, în afara procedurii insolvenței (în fața instanței de drept comun), existența unui prejudiciu cauzat de administratorii societății². Pentru a avea acces la o astfel de acțiune, împotriva debitorului trebuie să se fi deschis procedura insolvenței, textul art. 73 alin. (2) fiind extrem de clar în această privință. Calitate procesual activă în formularea unei acțiuni întemeiate pe prevederile art. 73 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 o au exclusiv creditorii, administratorul judiciar, respectiv lichidatorul neavând acces la acest tip de acțiune³.

Procedura insolvenței nu pune la îndemâna acționarilor/administratorilor debitoarei o procedură similară celei reglementate de art. 169 din Codul insolvenței, însă acest aspect nu exclude posibilitatea formulării unei acțiuni întemeiate pe prevederile art. 71 și urm. din Legea nr. 31/1990, în ipoteza în care societatea este supusă procedurilor de insolvență. Instanța competentă în

¹ În acest caz răspunderea poate fi directă, pentru prejudiciile produse în mod nemijlocit societății, sau o răspundere de regres (societatea plătitoare a prejudiciului cauzat prin fapta administratorului își recuperează sumele astfel plătite de la administrator) – Gh. Piperea, *Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 163.

² Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 728-730.

³ În sens contrar, a se vedea L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 825-826.

acest caz va fi tot instanța de drept comun, investită funcțional cu judecata cauzelor de drept societar¹.

O astfel de acțiune ar putea reprezenta una dintre modalitățile prevăzute în planul de reorganizare, în vederea obținerii de fonduri. Deoarece acțiunea în atragerea răspunderii administratorilor, specifică Legii nr. 31/1990, poate fi demarată exclusiv la inițiativa Adunării Generale a Acționarilor, respectiv la inițiativa acționarilor², propunerea prin plan a unei astfel de măsuri va putea fi adoptată exclusiv în ipoteza în care titularul planului de reorganizare este debitorul, creditorul sau administratorul judiciar neavând acces la o astfel de propunere.

Răspunderea solidară ce poate interveni în temeiul art. 27 C.proc.fisc.³, deși similară în ceea ce privește motivele ce pot sta la baza demarării, respectiv atragerii sale, prezintă o serie de diferențe majore care o delimitează puternic de procedura reglementată de art. 169 din Codul insolvenței. În principal, diferența este dată de caracterul administrativ al procedurii reglementate de art. 27 C.proc.fisc. Procedura capătă caracter contencios doar ulterior atragerii răspunderii solidare și emiterii deciziei de angajare a răspunderii solidare de către organul fiscal, prin contestarea acestor acte administrativ-fiscale de către persoana interesată.

Atragerea răspunderii solidare nu o exclude pe cea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței, în condițiile în care condițiile premisă sunt îndeplinite în continuare (în special insuficiența activului). În altă ordine de idei trebuie subliniat faptul că doar o

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 420; L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 826.

² Conform art. 155¹ alin. (1) din Legea nr. 31/1990, dacă adunarea generală nu introduce acțiunea în răspundere prevăzută la art. 155 și nici nu dă curs propunerii unuia sau mai multor acționari de a iniția o asemenea acțiune, acționarii reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 5% din capitalul social au dreptul de a introduce o acțiune în despăgubiri, în nume propriu, dar în contul societății, împotriva oricărei persoane prevăzute la art. 155 alin. (1).

³ Procedură ce este pusă în aplicare prin instrucțiunile adoptate prin Ordinul ANAF nr. 127/2014.

anumită categorie de creditori au acces la această procedură, anume cei bugetari.

Secțiunea a 2-a. Părțile cererii de atrageră a răspunderii

§1. Reclamanții

1.1. Administratorul judiciar/lichidatorul

Textul art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței, îl impune ca principal titular al acțiunii în atragerea răspunderii persoanelor vinovate de apariția sau contribuirea la apariția stării de insolvență pe *administratorul judiciar/lichidatorul*. Textul legal îi conferă acest drept nu în calitate sa de reprezentant al societății, ci în calitate de organ al procedurii insolvenței. Singura cerință impusă de lege este aceea ca prin raportul întocmit de administratorul judiciar/lichidatorul privitor la cauzele și împrejurările care au dus la apariția insolvenței debitorului, să fie identificate persoanele cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență. Cu alte cuvinte, administratorului judiciar/lichidatorului i se cere consecvență, fiind oprit să promoveze o acțiune în răspundere, în situația în care prin raportul impus de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței nu a identificat persoanele care au cauzat insolvența sau a identificat altele decât cele împotriva cărora a fost formulată această cerere¹.

Potrivit art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, administratorul judiciar/lichidatorul trebuie să depună la dosarul cauzei, într-un termen stabilit de judecătorul-sindic, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea sa un raport de activitate prin care să analizeze cauzele și împrejurările care au dus la apariția

¹ C. Antonache, notă critică la decizia nr. 1093/2009 a C.A. Ploiești, în C.J. nr. 11/2009, p. 616-617.

stării de insolvență, cu menționarea eventualelor indicii sau elemente preliminare privind persoanele cărora le-ar fi imputabilă și cu privire la existența premiselor angajării răspunderii acestora, în condițiile prevederilor art. 169-173 din Codul insolvenței.

Înlocuirea administratorului judiciar/lichidatorului nu poate reprezenta un motiv de ocolire a prevederilor referitoare la obligația de a fi identificate în raportul causal persoanele care au contribuit la apariția insolvenței. Noul administrator judiciar nu va putea invoca cu succes faptul că a fost numit în această calitate la o dată ulterioară întocmirii raportului reglementat de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, întrucât toate actele de procedură întocmite anterior numirii sale îi sunt opozabile. Cu toate acestea, cu titlu de excepție, în cazuri foarte complexe, unde este justificată o completare ulterioară a raportului pe motiv de descoperire de elemente noi sau în cazul în care administratorul judiciar sau lichidatorul au fost schimbați, iar cei noi descoperă elementele răspunderii, se va putea reține posibilitatea administratorului judiciar de a formula acțiunea în atragerea răspunderii¹.

1.2. Creditorii

Conform alin. (2) al aceluiași art. 169 din Codul insolvenței, mai pot formula acțiunea în atragerea răspunderii persoanele ce se fac vinovate de apariția stării de insolvență și: (i) președintele comitetului creditorilor; (ii) un alt creditor numit în acest sens de adunarea creditorilor sau (iii) creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor. Pentru ca aceste persoane să poată formula o cerere de atragere a răspunderii este necesară îndeplinirea anumitor condiții.

În primul rând, trebuie ca principalul titular al acțiunii, administratorul judiciar/lichidatorul, să nu introducă acțiunea prevăzută de art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței. Din modul în care este redactat alin. (2) a aceluiași articol, rezultă că este lipsit de relevanță pentru ceilalți titulari ai acțiunii dacă, în raportul asupra cauzelor apariției stării de insolvență, au fost sau nu indicate

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 746.

persoanele responsabile. Sintagma „și/sau” plasată în textul supus analizei, după condiția neindicării persoanelor responsabile prin raportul prevăzut de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, o anihilează complet, rămânând astfel doar condiția impusă în teza a II-a, și anume că administratorul judiciar/lichidatorul a „hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea prevăzută la alin. (1)”.

Această condiție a existenței unei hotărâri a administratorului judiciar/lichidatorului prin care să-și exprime refuzul de a introduce acțiunea în atragerea răspunderii poate genera complicații serioase în practică, mai ales în ipoteza în care dreptul la acțiune riscă să se prescrie, deoarece textul de lege nu identifică o modalitate de suplinire a refuzului în ipoteza în care administratorul judiciar/lichidatorul stă în pasivitate. Pentru evitarea acestor posibile complicații o eventuală soluție ar fi ca creditorii interesați în formularea unei cereri de atragere a răspunderii să îl interpeleze pe administratorul judiciar/lichidator, prin intermediul judecătorului-sindic, cu privire la exprimare refuzului de a formula acțiunea.

În al doilea rând, este necesar ca adunarea creditorilor să voteze în sensul formulării unei cereri de atragere a răspunderii, imputernicind în acest sens președintele comitetului creditorilor sau, acolo unde acest comitet nu s-a constituit, pe oricare dintre creditori. Pentru *creditorul care deține peste 50% din masa credală*, legea nu impune nicio condiție în plus față de cea referitoare la abținerea administratorului judiciar/lichidatorului de la formularea unei astfel de cereri. Totuși, trebuie analizat obiectul acțiunii formulate de creditorul majoritar, deoarece se poate pune problema cuantumului prejudiciului pe care acesta îl poate solicita.

Poate acesta să formuleze cererea în vederea acoperirii întregii mase credale, respectiv pentru acoperirea întregului prejudiciu aflat în legătură de cauzalitate cu fapta/săptele ce au contribuit la apariția stării de insolvență? În lipsa unei prevederi legale care să lămurească acest aspect, este necesară întoarcerea la principiile procedurii insolvenței (art. 4 din Codul insolvenței), respectiv la scopul acestei proceduri (art. 2 din Codul insolvenței). Acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței fiind o procedură specifică insolvenței va trebui să răspundă, în toate cazurile,

scopului acestei proceduri. Întrucât procedura este una colectivă și concursuală, ce are drept scop acoperirea pasivului debitorului, răspunsul la întrebarea sus pusă nu poate fi decât unul, anume că și în ipoteza în care titularul acțiunii este creditorul care deține peste 50% din masa credală acțiunea acestuia va viza acoperirea întregului prejudiciu aflat în legătură de cauzalitate cu faptele criticate.

1.3. Judecătorul-sindic

Acest organ al procedurii nu se poate autoîncălca nici cu privire la fapte și nici cu privire la persoanele vinovate¹. Astfel, principiul fundamental procesual-civil al rolului activ al judecătorului, reglementat de art. 22 C.proc.civ., nu îi conferă judecătorului-sindic posibilitatea de a pune în discuția părților atragerea răspunderii patrimoniale, în absența investiției sale cu o cerere de către titularii acțiunii. În reglementarea Legii nr. 64/1995, judecătorul-sindic avea puterea de a se autosesiza cu privire la această problemă. Începând însă cu adoptarea Legii nr. 85/2006 și continuând cu actualul Cod al insolvenței, a fost abandonată această concepție, demararea acțiunii în atragerea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență aparținând exclusiv administratorului judiciar/lichidatorului și creditorilor (în condițiile impuse de textul art. 169 din Codul insolvenței).

§2. Pârâții

Textul alin. (1) al art. 169 din Codul insolvenței enumeră 3 categorii de persoane cărora le sunt aplicabile dispozițiile acestui articol: 2.1. membrii organelor de conducere/membrii organelor de supraveghere; 2.2. orice altă persoană care a contribuit la apariția stării de insolvență a debitorului.

Noua reglementare a rezolvat din fericire problema legată de denumirea Capitolului IV din vechea Lege nr. 85/2006 –

¹ C.A Galați, decizia nr. 133/2007, în *L. Neagu*, op. cit., p. 9-10.

„Răspunderea membrilor organelor de conducere”. Astfel, pe de-o parte Capitolul IV din Legea nr. 85/2006 vorbea despre răspunderea membrilor organelor de conducere, iar pe de altă parte, art. 138 alin. (1) teza I din Legea nr. 85/2006, enumerând persoanele care pot face obiectul unei astfel de acțiuni, identifica, în plus față de membrii organelor de conducere sau membrii organelor de supraveghere și orice alte persoane care au cauzat starea de insolvență a debitorului. În reglementarea Codului insolvenței, Capitolul I, secțiunea 8 din Titlul 2 a primit o denumire corectă – „Atragerea răspunderii pentru intrarea în insolvență” – aspect ce a rezolvat contradicția din vechea reglementare.

Din examinarea art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței, care în finalul său identifică printre cei vizați și „orice altă persoană” (acționari, asociați, șefi de servicii financiare, șefii unor departamente, contabilii)¹, rezultă că pârâțul din acțiunea în atragerea răspunderii nu este „calificat”, nefiind necesară îndeplinirea vreunei condiții speciale, atâta timp cât sunt îndeplinite celelalte cerințe, specifice acestei acțiuni. Cu toate acestea, în mod firesc, în doctrină² s-a reținut că faptele enumerate în textul art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 169 din Codul insolvenței) sunt, aproape exclusiv, acte juridice și operațiuni intenționate, aflate la îndemâna conducătorilor *de iure*. Prin urmare, *orice altă persoană* poate să săvârșească faptele descrise de art. 169 din Codul insolvenței numai în complicitate sau coautorat cu administratorul statutar. Inclusiv în această ipoteză nu poate fi înlăturată posibilitatea ca acțiunea să fie îndreptată numai față de cel care a influențat luarea deciziilor (complicele sau coautorul administratorului statutar, supranumit și *shadow director* sau administrator de fapt).

¹ St.D. Cărpénaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 455.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 734; Gh. Piperea, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 428.

Această opinie nu este unanimă¹, considerându-se că faptele enumerate la art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței pot fi săvârșite, în mod obiectiv, numai de persoanele legal învestite cu funcții de conducere, de autoritate și de dispoziție sau de supraveghere, precum și de alte persoane care au uzurpat aceste prerogative. Prin urmare, conform acestei opinii, nu pot fi trase la răspundere pentru cauzarea stării de insolvență decât acele persoane care au avut calitatea de administrator de drept sau de fapt. O astfel de calificare a subiectului pasiv din acțiunea în atragerea răspunderii este însă contrară prevederilor legale care nu includ nicio limitare cu privire la persoanele care pot fi incluse în categoria „orice altă persoană”. Lipsind o astfel de distincție², expresia „orice altă persoană” trebuie interpretată dintr-o perspectivă mai largă³, după cum urmează să arătăm.

Trebuie precizat însă că în sfera „orice altă persoană” nu intră și **administratorul judiciar/lichidatorul** debitoarei, împotriva acestuia neputând fi atrasă răspunderea pentru contribuirea la apariția stării de insolvență întrucât atribuțiile sale de conducere, respectiv de supraveghere au fost exercitate după surveniența insolvenței⁴. Nimic nu împiedică însă atragerea răspunderii unui practician în insolvență dacă prin acțiunile sale întreprinse în exercițiul calității sale de administrator judiciar/lichidator a contribuit la apariția stării de insolvență într-o societate terță (de exemplu o societate la care debitoarea are pachetul majoritar de acțiuni/părți sociale).

¹ I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, ed. a 4-a, op. cit. (www.legalis.ro).

² Art. 651-2 din Codul comercial francez conține o astfel de limitare, indicând faptul că: În cazul în care pe parcursul lichidării unei societăți este constatată o insuficiență a activului, instanța poate, în caz de administrare defectuoasă, care a contribuit la această insuficiență a activului, ca valoarea unei astfel de să fie suportată în tot sau în parte, de administratorii de jure sau de facto.

³ Gh. Piperea, *Drept comercial*, vol. II, op. cit., p. 427.

⁴ Trib. Neamț, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința comercială nr. 226/F/23.04.2008, în *Insolvența* 3.

2.1. Persoanele care intră în sfera de reglementare a sintagmei „membrii organelor de conducere/membrii organelor de supraveghere”¹

2.1.1. Membrii organelor de conducere

În prima categorie – *membrii organelor de conducere* – intră: *administratorul/membrii consiliului de administrație* (în sistemul unitar de administrare); *directorul/membrii directoratului* (atât în sistemul unitar, cât și în cel dualist). Această categorie de pârâți este extrem de facil de determinat, întrucât îi include pe toți cei care în mod legal sunt învestiți cu puteri de reprezentare de către organele statutare ale societăților (sunt excluși din această categorie directorii departamentelor tehnice și salariații)². O persoană asimilată organelor de supraveghere poate fi și contabilul societății³.

Trebuie menționat faptul că, dacă în ceea ce privește funcția de administrator, aceasta poate fi ocupată și de o persoană juridică, în schimb, funcția de director sau de membru al directoratului nu poate fi deținută decât de persoane fizice – art. 153¹³ din Legea nr. 31/1990. Odată cu numirea unei persoane juridice în funcția de administrator, persoana juridică este obligată să își desemneze un reprezentant permanent, persoană fizică. Acesta este supus aceluiași condiții și obligații și are aceeași răspundere civilă ca și un administrator sau membru al consiliului de supraveghere,

¹ A. Dimitriu, Răspunderea pentru cauzarea stării de insolvență a persoanelor care nu fac parte din organele de conducere ale debitorului, în C.J. nr. 11/2014, p. 611 și urm.

² A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 519.

³ Faptele penale reținute în sarcina fostei contabile, precum și desființarea facturilor fiscale și a chitanțelor, fac dovada că în societatea debitoare contabilitatea nu a fost ținută legal, evidența contabilă nefiind ținută de așa manieră încât să se poată reconstitui realitatea operațiunilor și a situației financiare a societății, efectul acesteia fiind ajungerea societății debitoare în insolvență și paguba creditorilor – Trib. Neamț, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința civilă nr. 356/F/10.06.2008, în Insolvența 3.

persoană fizică, ce acționează în nume propriu, fără ca prin aceasta persoana juridică pe care o reprezintă să fie exonerată de răspundere sau să i se micșoreze răspunderea solidară¹.

Tot în această categorie intră și *managerul* care, în fapt, ocupă funcția de director sau de membru al directoratului. Nu este exclusă nici răspunderea unei persoane juridice de drept public, în calitate de administrator, de exemplu a unei comune² sau chiar a Statului³.

Neregularitatea numirii administratorului statutar nu poate avea efecte asupra posibilității atragerii răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență⁴, după cum nu are importanță dacă administratorul mai deține sau nu calitatea la momentul intrării în procedura insolvenței, dacă condițiile pentru atragerea răspunderii sunt îndeplinite⁵. Astfel, pentru aplicarea dispozițiilor art. 169 din Codul insolvenței în privința membrilor organelor de conducere/supraveghere, nu este necesar ca investirea în funcția de conducere/supraveghere să fi fost efectuată cu respectarea tuturor formelor prescrise de lege, dacă în fapt au fost exercitate atribuțiile acelei funcții⁶. De exemplu, nu va fi înlăturată aplicarea acestor norme legale chiar dacă investirea administratorului sau a

¹ Gh. Piperea, în St.D. Cârpenaru, Gh. Piperea, S. David, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, op. cit., comentariul art. 153¹³ (www.legalis.ro).

² T. confl., 02.07.1984, în JCP G 1984 II, 20306, note E. Alfandari; D. 1984, p. 545, note F. Derrida, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2047.

³ Com., 16.02.1993 no 90-18, Bull.civ. VI no 66, Rev societies 1993, p. 644, obs Y Guyon, în RTD com 1993, p. 684, obs E. Alfandari, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2047.

⁴ C.A. Orleans, Ch. Com, 5.10.2006, în R.G. no 05/03086, Dr. societes juill, 2007, p. 20 no. 132, note J.P. Legros, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2047.

⁵ Com 27.04.1993 no 91-14.204, Bull.civ IV no 151, Rev. societies 1993, p. 871, note H. Le Nabasque, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2047; A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 521.

⁶ I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, ed. a 4-a, op. cit. (www.legalis.ro).

cenzorului nu a fost publicată în Monitorul Oficial și nu a fost înscrisă în Registrul Comerțului¹.

2.1.2. Membrii organelor de supraveghere

„*Membrii organelor de supraveghere*”: cenzorul; auditorul; membrii consiliului de supraveghere (în sistemul dualist de administrare). Toate aceste categorii de persoane pot fi făcute responsabile pentru contribuirea la apariția stării de insolvență în ipoteza în care sunt întrunite condițiile legale².

2.2. Orice altă persoană care a contribuit la starea de insolvență a debitorului

2.2.1. Administratori de fapt (*shadow directors*)

Administratori de fapt sunt acele persoane care, prin influența avută asupra debitoarei, au exercitat în fapt conducerea societății, orientând societatea către o strategie de afaceri care a cauzat insolvența acesteia³. Această noțiune de administrator de fapt a fost reținută în jurisprudența română încă din anul 2005. Astfel, printr-o hotărâre a Curții de Apel București s-a decis că acționarii, asociații sau alte persoane vor răspunde pentru cauzarea insolvenței dacă se probează că s-au implicat în administrarea societății

¹ Pentru aplicarea dispozițiilor art. 138 (în actuala reglementare art. 169 din Codul insolvenței), nu este necesar ca investirea în funcție de conducere să fi fost efectuată cu respectarea tuturor formelor prescrise de lege, dacă în fapt s-au executat atribuțiile acestei funcții. Nu va fi înlăturată aplicarea acestor norme legale chiar dacă investirea administratorului sau cenzorului nu a fost publicată în Monitorul Oficial al României și nu a fost înscrisă în registrul comerțului pentru a produce efecte „*erga omnes*”, Trib. București, sentința comercială nr. 4194/13.10.2008, în Insolvența 3.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 736.

³ Gh. Piperea, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 425; Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 734.

sau că *au administrat în fapt activitatea debitorului*¹. Mai recent, în 2010 s-a reținut tot într-o decizie de speță că în noțiunea de „orice altă persoană” intră și asociații debitoare dacă se dovedește debitoarea a funcționat fără administratori, iar asociații au fost aceia care au exercitat efectiv atribuțiile de conducere².

Administratorul de fapt este întâlnit din ce în ce mai des în viața societară din România. Chiar dacă geneza acestei „forme de conducere” se situează anterior apariției crizei economice din 2008, ulterior acestui moment conducerea din umbră a societăților s-a acutizat, fie că vorbim de acționarii care vor să-și diminueze responsabilitatea, fie că vorbim despre instituții financiare care, profitând de conjunctura economică nefastă au preluat în fapt conducerea diferitor societăți pe care le-au condus spre insolvență prin impunerea anumitor decizii de management. Deși deciziile astfel impuse păreau pe moment să aducă beneficii atât societății debitoare, dar în special instituției financiare creditoare, ulterior s-a dovedit că de fapt deciziile impuse de aceste instituții financiare au avut o contribuție serioasă la apariția și, implicit intrarea societății în insolvență.

Prin urmare, nu doar administratorii statutari (*de iure*), fie ei executivi sau neexecutivi, vor putea fi făcuți responsabili pentru intrarea debitoare în insolvență, ci și orice altă persoană care a condus de fapt societatea³. Ar fi inechitabil ca o persoană să se sustragă răspunderii pentru apariția stării de insolvență pentru simplul motiv că nu a fost investit, în mod formal, în funcția de administrator al debitoare⁴. Folosirea unor interpuși (cel mai adesea fără niciun bun pe numele lor) are drept unic scop fuga de

¹ C.A. București Secția a VI-a comercială, decizia nr. 40/2005, apud St.D. Cărpenu, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 453.

² C.A. Cluj, decizia nr. 388/2010, în L. Neagu, op. cit., p. 9-10.

³ R. Goode, op. cit., p. 667; A. Lienhard, Procedures collectives, op. cit., p. 546.

⁴ A. Lienhard, Procedures collectives, op. cit., p. 546.

răspundere și ascunderea conflictelor de interese¹. Intenția legiuitorului nu a fost aceea să limiteze răspunderea pentru cauzarea insolvenței numai în privința organelor statutare de conducere, textul art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței atribuind calitate procesual-pasivă organelor de conducere și oricărei alte persoane care a contribuit la starea de insolvență a debitorului.

Faptele în temeiul cărora va putea fi atrasă răspunderea pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, sunt operațiuni săvârșite cu intenție, aflate, de regulă, la îndemâna conducătorilor *de jure* ai debitorului. Aceasta este rațiunea pentru care s-a considerat că ar fi aproape imposibil ca aceste fapte să fie săvârșite doar de către conducătorii *de facto* ai societății, rămânând doar posibilitatea săvârșirii lor în complicitate sau co-autorat cu administratorii *de jure* ai debitorului².

Putem reține, cu titlu de **definiție**, că administratorul de fapt (*shadow director*) este acea persoană, ce nu este investită de societate în mod formal cu puteri de conducere, care în mod suveran și independent exercită o activitate pozitivă de gestiune și de administrare a societății³. Sunt în această situație de exemplu acționarii sau asociații majoritari care dau instrucțiuni ferme organelor de conducere pentru fiecare operațiune întreprinsă.

În vederea calificării unei persoane drept administrator de fapt, trebuie îndeplinite trei condiții⁴:

(i) **Existența unei acțiuni.** Administratorul de fapt se caracterizează prin acțiunile pe care le întreprinde, prin ingerințele în

¹ Fie că vorbim despre un conflict de interese din punct de vedere penal (art. 301 C.pen.), fie că vorbim despre un conflict de interese din punctul de vedere al Agenției Naționale de Integritate.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 737.

³ J.L. Rives-Lange, La notion de dirigeant de fait, Dalloz, Paris, 1975, p. 41; Com., 26.06.2001 no 98-20, inedit titre, Acr. Proc. Coll. 2001/15 no. 201, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2043; A. Jacquemont, Droit des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2009, p. 521.

⁴ A. Lienhard, Procedures collectives, op. cit., p. 546. În același sens s-a reținut și în doctrina internă, de inspirație franceză, S. Al Hajjar, Răspunderea civilă a administratorilor debitorului aflat în insolvență, Ed. Universul juridic, București, 2012, p. 231.

activitatea societății. Spre deosebire de administratorii statutori, față de care poate fi atrasă răspunderea pentru cauzarea stării de insolvență și ca urmare a pasivității, a lipsei de reacție, administratorii de fapt pot fi ținuti responsabili exclusiv în ipoteza în care acționează. Pasivitatea unui administrator de fapt în mod evident nu poate fi sancționată întrucât o asemenea persoană, indiferent de calitate pe care o are în raport cu societatea debitoare, trebuie să stea departe de administrarea societății atâta timp cât nu este investită cu puteri de administrare/supraveghere. Propunem cu titlu de exemplu, ipoteza omisiunii de a asigura paza unor bunuri ale societății, fapt ce s-a soldat cu dispariția acestora. Această „faptă” nu poate fi pusă în sarcina unui administrator de fapt întrucât siguranța patrimoniului societar este în sarcina administratorului statutar.

(ii) *Existența unor acte de administrare a societății.* Exercițiul prerogativelor de reprezentare se constituie într-un criteriu esențial în vederea calificării unei persoane drept administrator de fapt. Administratorul/directorul societății este cel care conduce societatea, care ia toate deciziile comerciale, economice și financiare și care în mod implicit angajează societatea în toate raporturile juridice. Prin urmare în vederea calificării unei persoane drept administrator de fapt, este necesar ca acesta să intervină efectiv și constant în activitatea societară. Nu se poate pune problema existenței unui administrator de fapt în ipoteza în care o persoană își limitează intervențiile în privința unor decizii minore, ce nu au impact asupra societății, cum în egală măsură nu avem de-a face cu un administrator de fapt în ipoteza în care implicarea sa vizează un act izolat al societății. Astfel, este necesară existența unei continuități a ingerințelor administratorului de fapt în activitatea societății, astfel încât actele să fie calificate de administrare a societății.

(iii) *Caracterul suveran și independent al acțiunilor întreprinse.* Cel care este doar un executant, subordonat voinței unei autorități superioare, un simplu comitent sau un salariat, care nu face altceva decât să pună în aplicare ordinele primite, nu poate fi calificat drept administrator de fapt. Această calificare poate fi atribuită exclusiv unei persoane care acționează în mod

independent¹ și suveran. Nu poate fi vorba despre o exercitare a unei administrări de fapt nici dacă persoana care a întreprins actele de gestiune a primit instrucțiuni în acest sens din partea administratorului statutar². Această condiție, a caracterului suveran și independent al actelor de administrare are drept scop identificarea factorului de decizie care cel mai adesea este și beneficiarul rezultatelor financiare ale societății. În principal răspunderea pentru contribuirea la apariția stării de insolvență trebuie să fie atrasă față de cel care a fost inițiatorul faptei ilicite dacă nu chiar și principalul beneficiar al acesteia.

Între în această categorie stăpânii din umbră ai afacerii (*shadow directors*), șefii informali ai societății, cum ar fi asociații sau acționarii majoritari, respectiv societățile mamă³, pentru impunerea managementului, francizorul⁴ etc. De asemenea, poate fi administrator de fapt un membru al familiei administratorului de drept⁵, un fost administrator, un prieten, un salariat al societății, un furnizor etc.⁶

Shadow director poate fi considerată și o persoană juridică⁷. Curtea de Casație franceză a reținut că are calitatea de administrator de fapt o societate care, fără a fi administrator statutar a exercitat în fapt administrarea societății debitoare prin intermediul

¹ Com, 15.03.2005 no. 03-19, 656 inedit, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2049.

² Com, 13.02.2007, no. 05-20. 126 Bull.civ. IV no 41, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2050.

³ Relațiile dintre societățile mamă și filialele prezintă caracteristicile administrării de fapt, exercitată de societatea mamă, din moment ce administratorii filialei primesc instrucțiuni de la societățile mamă. Este lipsit de relevanță dacă societățile mamă sunt persoane juridice străine. P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2054.

⁴ Com, 27.05.2003, no 00-13.606 inedit titre – Add Com, 12.04.2005, no 04-10.010, inedit, apud P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2053.

⁵ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 523.

⁶ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 546-547.

⁷ *Re Bulawayo Market/Offices Co Ltd* 1907 2 Ch. 458, în R. Goode, op. cit., p. 645.

unei persoane fizice, ce-i era subordonată¹. Curtea de Casație a confirmat astfel hotărârea pronunțată de Curtea de Apel din Versailles într-o speță în care o bancă a desemnat în consiliul de administrație al unei societăți doi administratori dintre salariații săi. Caracterul inedit al acestei soluții jurisprudențiale, relevantă și în sistemul nostru de drept, este dat de posibilitatea atragerii răspunderii, în calitate de administrator de fapt a unei persoane juridice care a exercitat atributul administrării prin intermediul unor comitenți². În mod cert pot fi făcuți responsabili și administratorii statutari, însă acest aspect rămâne la latitudinea titularului acțiunii. Nu este exclusă, atunci când sunt întrunite condițiile legale, nici atragerea răspunderii unor **persoane juridice de drept public**, în calitate de administrator de fapt³.

Această categorie de pârâți a fost descrisă în mod inedit în doctrina⁴ de sorginte anglo-saxonă drept acele persoane care pândesc din umbră (*lurks in the shadows*). O persoană va putea totuși să fie catalogată drept *shadow director* și în ipoteza în care emite instrucțiuni către directorii societății în mod deschis, fără a se ascunde. În ipoteza în care societatea este condusă de un consiliu de administrație, persoana care acționează ca *shadow director* nu trebuie să influențeze toți membrii consiliului de administrație, fiind suficient să controleze majoritatea lor, astfel încât să fie posibilă adoptarea unor hotărâri în acord cu instrucțiunile sale.

În anumite situații, un **acționar majoritar**, aici fiind incluse și societățile mamă, sau chiar un departament guvernamental responsabil cu administrarea participațiilor Statului la diverse

¹ Com., 27.06.2006, Bull.civ. IV no 151, D. 2006, în JCP 2534, note R. Dammann, J. Paszkudski.

² P.-M. Le Corre, op. cit., p. 2050.

³ A. Jacquemont, Droit des entreprises en difficulté, Litec, Paris, 2009, p. 523. În asemenea ipoteze competența de judecată aparține tot judecătorului-sindic, iar nu instanței de contencios administrativ, primul fiind singurul competent din punct de vedere funcțional pentru soluționarea cererii de atragere a răspunderii persoanelor (inclusiv cele de drept public) care au contribuit la apariția stării de insolvență.

⁴ R. Goode, op. cit., p. 668.

societăți, va putea figura ca pârât într-o acțiune de atragere a răspunderii, în ipoteza în care s-a implicat în managementul de zi cu zi al debitoarei ca un adevărat administrator¹.

În egală măsură o **instituție bancară** va putea fi calificată drept *shadow director* și ținută responsabilă pentru apariția stării de insolvență în ipoteza în care, impune anumite decizii administratorilor societății, prin care se încearcă asigurarea unei protecții a împrumutului acordat². Prin urmare, instituțiile de credit ar trebui să se abțină de la astfel de ingerințe în managementul societăților și să nu impună ce plăți ar trebui făcute de societate, ce decizii ar trebui adoptate de consiliul de administrație sau ce active ar trebui vândute. Bineînțeles că o instituție bancară nu va putea fi considerată drept *shadow director* în ipoteza în care participă la întâlniri cu directorii societății, în vederea discutării unor viitoare condiții de creditare, ori în ipoteza în care caută să-și asigure o protecție cât mai ridicată creditului acordat³.

În doctrina recentă⁴ a fost emisă teza potrivit căreia nu va putea fi angajată răspunderea persoanelor care influențează în mod indirect administrarea afacerii (avocați, bancheri), în ipoteza în care s-au aflat în poziția de a influența deciziile managementului debitorului, dar nu s-au substituit acestuia. Față de caracterul său general, această opinie nu poate fi primită întrucât trebuie să se distingă între influențele generate de o activitate de consultanță și cele generate de o persoană interesată (*stakeholder*), ce poate, prin poziția pe care o are la un anumit moment, să-și impună voința, în mod intenționat, asupra managementului societății (administratorul *de facto*).

Într-adevăr, o persoană nu va fi însă considerată *shadow director* în ipoteza în care directorii societății acționează în baza sfaturilor oferite în calitate sa de **consultant** (avocat, bancher,

¹ Ibidem.

² Ibidem.

³ *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding* 2006 F.S.R. 17, în R. Goode, op. cit., p. 668.

⁴ L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 811.

contabil)¹. Însă trebuie făcută o distincție clară între activitatea de administrare/supraveghere propriu-zisă și activitatea de consiliere². Achiziția unor servicii de consultanță de către societate, în baza cărora, ulterior, sunt adoptate anumite decizii care contribuie la apariția stării de insolvență nu poate genera nașterea unei responsabilități a consultantului în baza prevederilor art. 169 din Codul insolvenței. Cu toate acestea, va putea fi angajată răspunderea contractuală a consultantului față de societate în ipoteza în care sunt întrunite condițiile legale pentru atragerea răspunderii contractuale.

În România administratorul *de facto* nu a fost până în acest moment un subiect de drept față de care instanțele să dispună atragerea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, aspect reliefat și de lipsa cronică a unor decizii de jurisprudență. La pol opus, se observă o abundență jurisprudențială în dreptul anglo-saxon, respectiv în cel francez, cu privire la atragerea răspunderii administratorilor din umbră, situațiile premise legale, dar și ipotezele fiind similare cu cele ce se derulează în mediul de afaceri din România. Lipsa cazuisticii nu trebuie însă pusă pe seama instanțelor de judecată, ci pe seama titularilor acțiunii reglementate de art. 169 din Codul insolvenței (art. 137 din Legea nr. 85/2006) care fie din ignoranță, fie din neștiință nu investesc judecătorii-sindici cu acțiuni îndreptate împotriva administratorilor de fapt. Este de așteptat să asistăm la o creștere serioasă a cazurilor de atragere a răspunderii administratorilor de fapt, atât pe tărâmul Codului insolvenței, dar, de ce nu, și în temeiul vechii Legi nr. 85/2006 care, la rândul-i, permite atragerea răspunderii acestei categorii de persoane. În acest mod pot fi aduse în mod real în patrimoniul falitelor sumele reprezentând prejudiciile generate prin faptele indicate la art. 169 alin. (1) lit. a)-h) din Codul insolvenței, administratorii statutori, cel mai adesea, neavând niciun bun pe numele lor, tocmai în vederea atenuării răspunderii.

¹ R. Goode, op. cit., p. 668.

² P.J.M. Declercq, op. cit., p. 184; A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 522.

2.2.2. Persoane străine de conducerea societății

Persoane străine de conducerea societății¹ care prin faptele enumerate la art. 169 din Codul insolvenței au contribuit la intrarea societății în insolvență:

(i) **Statul sau autoritățile publice**, pentru: susținerea abuzivă a ajutoarelor de stat; emiterea unor decizii de impunere fiscală care ulterior s-au dovedit a fi ilegale, dar care, prin caracterul lor executoriu au determinat intrarea în insolvență²; omisiunea de a lua anumite măsuri de eradicare a pieței negre, aspect ce a avut drept efect crearea de distorsiuni în mediul concurențial, cauzând astfel intrarea debitorului în insolvență (cele mai expuse domenii de activitate la efectele nocive ale pieței negre sunt cele cu alcool și panificație).

(ii) **Băncile** pentru creditare abuzivă. Creditarea abuzivă poate îmbrăca fie forma acordării unui credit în condiții vătămătoare pentru societate, fie modificarea condițiilor în care a fost acordat creditul (majorarea cuantumului comisioanelor și a dobânzii). De cele mai multe ori această creditare abuzivă impusă de bancă este facilitată de starea financiară precară în care se află debitoarea.

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 734.

² În ultima perioadă, se poate observa o intensificare a controalelor ANAF. Din nefericire însă aceste controale au adesea drept unic scop găsirea acolo unde nu sunt a unor nereguli la contribuabilii persoane juridice, respectiv emiterea unor decizii de impunere cât mai mari și cu un cuantum al penalităților cât mai ridicat. De la emiterea actelor administrativ fiscale, în lipsa unei hotărâri de suspendare a caracterului executoriu până la soluționarea acțiunii în anulare, sumele astfel constatate sunt exigibile și posibil de pus în executare. În lipsa unor disponibilități bănești în vederea achitării acestor sume, respectiv neobținerea unei hotărâri de suspendare a executării actelor administrativ-fiscale, chiar dacă s-a formulat plângere prealabilă, respectiv acțiune în anulare, societatea este datorare să intre în insolvență, odată îndeplinește condițiile legale. Dacă ulterior demarării procedurii de insolvență, ca urare a soluționării acțiunii în anulare se constată că actele administrativ-fiscale au fost nelegale și în fapt creanța ce a cauzat deschiderea procedurii insolvenței nu era în fapt datorată, autoritatea administrativ fiscală va putea fi făcută responsabilă pentru contribuirea la apariția stării de insolvență.

(iii) **Societățile mamă**, pentru acele situații în care, prin operațiuni de trezorerie sau de afaceri au creat o confuziune patrimonială cu debitorul¹;

(iv) **Gestiunea de afaceri** poate avea drept efect răspunderea gerantului. Potrivit prevederilor art. 1334 C.civ. gerantul răspunde pentru prejudiciile cauzate geratului cu intenție sau din culpă gravă. Întrucât răspunderea instituită prin art. 169 din Codul insolvenței poate fi atrasă doar dacă faptele au fost săvârșite cu intenție, numai în această ipoteză va putea fi atrasă răspunderea celui care se angrenează voluntar în gestiunea de afaceri.

(v) **Grupurile de interes economic**² sunt acele asocieri între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituite pe o perioadă determinată, în scopul înlesnirii sau dezvoltării activității economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective. Grupul de interes economic este persoană juridică cu scop patrimonial, care poate avea calitatea de comerciant sau necomerciant.

(vi) **Alte persoane** – în această categorie intră de exemplu creditorul care a primit o plată din partea debitorului, anterior deschiderii procedurii insolvenței, știind că sursa acelei sume este reprezentată de achitarea unui avans de către un terț, în vederea livrării unor produse, în condițiile în care creditorul era conștient că debitorul, făcându-i plata, nu va mai avea posibilitatea să-și onoreze contractul în baza căruia a fost achitat avansul³. În această categorie a „altor persoane” pot intra și acționarii care nu sunt calificați drept *shadow director*. Adunarea generală a asociaților sau acționarilor adoptă, potrivit legii, hotărâri ce devin obligatorii pentru celelalte organe de conducere care sunt numite și răspund în fața adunării generale a acționarilor asupra modului de îndeplinire

¹ B. Grelon, C. Dessus Larrive, La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, în *Revue Pratique des societes* nr. 3/2007, p. 132; Fr. Melin, Confusion des patrimoines et societe situee a l'etranger, în *La Semaine Juridique* nr. 13/2012, p. 616.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 417.

³ G. Cooper (Chemicals) Ltd, 1978 Ch. 262, în R. Goode, op. cit., p. 658.

a obiectivelor¹. Prin urmare, se poate pune problema răspunderii acționarilor care au determinat adoptarea unei hotărâri AGA ce a contribuit la apariția stării de insolvență. În aceeași categorie intră și auditorii independenți, consultanții, agențiile de rating care „vând” publicului o imagine coafată a debitorului, a cărui insolvență este, în acest fel, ascunsă.

§3. Răspunderea solidară în caz de pluralitate a persoanelor responsabile

Caracterul solidar al răspunderii, în ipoteza în care există o pluralitate de făptuitori [art. 169 alin. (4) din Codul insolvenței], va trebui să țină cont de prevederile art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței în sensul că întinderea răspunderii persoanelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului este limitată la prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă.

Cu alte cuvinte, solidaritatea va putea interveni exclusiv pentru ipoteza în care făptuitorii au contribuit la producerea aceleiași prejudiciu, iar nu dacă este vorba despre prejudicii diferite care au contribuit în mod independent la apariția stări de insolvență². În egală măsură se va putea pune problema răspunderii solidare și în cazul în care prejudiciul a fost cauzat prin acțiunea simultană sau succesivă a mai multor persoane, fără să se poată stabili că a fost cauzat sau, după caz, că nu putea fi cauzat prin fapta vreuneia dintre ele (art. 1370 C.civ.).

Solidaritatea este condiționată de împrejurarea ca starea de insolvență să fie contemporană sau anterioară perioadei de timp în care persoanele respective și-au exercitat mandatul ori în care au deținut poziția care ar fi putut cauza insolvența. Reglementarea art. 169 alin (4) din Codul insolvenței conține însă o eroare de

¹ Gh. Negură, Răspunderea membrilor organelor de conducere în procedura insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2006, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 90.

² În același sens, a se vedea L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 824.

formulare întrucât face vorbire despre necesitatea contemporaneității mandatului cu momentul „aparității stării de insolvență”, în loc să se refere la „aparitia cauzelor stării de insolvență”, respectiv la „săvârșirea faptelor care ai contribuit la apariția stării de insolvență”¹. În aceste condiții, în vederea determinării sau nu a caracterului solidar al răspunderii, va fi necesară verificarea contemporaneității mandatelor de conducere cu momentul apariției cauzelor stării de insolvență, iar nu cu momentul apariției propriu-zise a insolvenței.

Conform regulilor de drept societar, administratorii sunt responsabili atât pentru faptele proprii, contemporane funcției lor, cât și pentru faptele predecesorilor lor, dacă nu le-au denunțat cenzorilor, îndată după preluarea funcției [art. 144² alin. (4), respectiv art. 31 și art. 73 alin. (1) din Legea nr. 31/1990]². În aceste condiții, întrucât factorii cu care se operează în cadrul acestui raționament sunt faptă-cauză și insolvența-efect, se poate admite că factorul cauzal precede în timp factorul efect, fiind astfel imposibil de crezut că ar putea fi răspunzător cel în cauză în situația în care apariția stării de insolvență a fost anterioară dobândirii mandatului³. În ipoteza în care însă este vorba despre atragerea răspunderii unui membru al organelor de conducere care anterior momentului investirii sale într-o astfel de funcție a avut calitatea de administrator de fapt, solidaritatea nu va putea fi înlăturată (*n.n.*).

În măsura în care conducerea debitorului este constituită dintr-un organ colegial, în ale cărui atribuții intră adoptarea deciziilor referitoare la activitatea financiară a societății comerciale, inclusiv a deciziilor ce țin de operațiunile contabile și evidența în documente a acestora, instituirea prin lege a răspunderii solidare a membrilor acestui organ apare ca firească și pe deplin justificată. Date fiind consecințele grave ale faptelor ce se impută organului colegial, dacă prin dispozițiile criticate nu s-ar fi instituit prezumția de solidaritate și nu s-ar fi consacrat răspunderea tuturor

¹ L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 824.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 747.

³ I. Turcu, Tratat de insolvență, op. cit., p. 522.

persoanelor ce au participat la adoptarea deciziilor care au cauzat starea de insolvență, legea ar fi fost susceptibilă de a crea situații arbitrare, contrare principiilor constituționale¹.

Prezumția de solidaritate este inoperantă dacă persoanele în cauză, diligente fiind în organele colegiale de conducere ale persoanei juridice, s-au opus actelor ori faptelor care au cauzat insolvența sau au lipsit de la luarea deciziilor care au cauzat insolvența și au făcut să se consenmeze, ulterior luării deciziei, opoziția lor. Prin urmare, adoptarea unei poziții contrare deciziei majoritare, formulată neechivoc, exonerează persoana în cauză de consecințele grave prevăzute de lege, astfel încât aceasta nu va mai putea fi obligată la suportarea unei părți din pasivul debitorului. Cu toate că este vorba de o răspundere față de creditori, exonerarea de răspundere față de societatea debitoare este suficientă pentru a antrena și exonerarea de răspunderea față de creditori².

Atragerea răspunderii administratorilor de drept nu înlătură antrenarea răspunderii administratorului de fapt³. Într-o astfel de ipoteză ar putea fi vorba despre o **răspundere solidară a administratorului statutar și a celui de fapt** întrucât prejudiciul produs este aflat în legătură de cauzalitate cu fapta comisă de administratorul statutar la inițiativa celui de fapt.

Legea insolvenței nu face distincție între **administratorii în funcție la data deschiderii procedurii** și cei al căror mandat a încetat⁴, astfel că poate fi antrenată și răspunderea acestora în măsura în care au contribuit, prin fapte dintre cele enumerate de art. 169 din Lege, la insolvența societății. Administratorii în funcție sunt solidar răspunzători cu predecesorii lor imediați, dacă având cunoștință de neregulile săvârșite de aceștia nu le-au denunțat⁵.

¹ DCC nr. 402/13.04.2010, în M.Of. nr. 358 din 1 iunie 2010.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 747.

³ C.A. Craiova, decizia nr. 1882/27.11.2006, în Insolvența 3.

⁴ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 735.

⁵ C.A. Craiova, decizia nr. 1594/25.10.2006, în Insolvența 3.

Secțiunea a 3-a. Momentul introducerii acțiunii

§1. Condițiile de ordin obiectiv în privința momentului de la care poate fi introdusă acțiunea

Este esențial de menționat încă din debutul prezentului capitol că acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței poate fi introdusă doar după deschiderea procedurii insolvenței¹.

Cererea de atragere a răspunderii patrimoniale împotriva persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență poate fi formulată atât în timpul reorganizării judiciare², cât și în timpul procedurilor de lichidare aferente falimentului.

În vederea formulării cererii de atragere a răspunderii este necesară **determinarea insuficienței activului**³. Cererea va trebui depusă ulterior momentului depunerii tabelului definitiv⁴ de creanțe (actul de procedură care determină pasivul debitoarei) și ulterior finalizării formalităților de evaluare a activelor debitoarei, astfel încât să fie posibilă identificarea sau nu a insuficienței activului. Acțiunea va putea fi depusă și anterior acestui moment și suspendată până la momentul definitivării tabelului de creanțe, în ipoteza în care riscă să se prescrie.

¹ I. Tureu, *Tratat de insolvență*, op. cit., p. 536.

² Idem, p. 521.

³ A se vedea *infra*, p. 355.

⁴ În doctrină a fost calificată depunerea tabelului definitiv drept momentul până la care formularea unei cereri de atragere a răspunderii este socotită ca fiind prematură, și anume afișarea tabelului definitiv de creanțe, în I. Tureu, *Tratat de insolvență*, op. cit., p. 538. Ne raliem acestei opinii, în sensul că cererea nu poate fi formulată anterior momentului definitivării tabelului de creanțe, cu mențiunea că în acest caz nu este vorba despre o prematuritate a cererii de atragere a răspunderii (textele relevante acestei proceduri din Codul insolvenței nu instituie drept procedură prealabilă, în sensul art. 193 C.proc.civ., publicarea tabelului definitiv de creanțe), ci de o neîndeplinire a condiției probării existenței unei insuficiențe a activului.

Suplimentar acestor condiții de natură obiectivă, este necesară îndeplinirea unor condiții specifice fiecărei categorii de titulari ai acțiunii reglementate de art. 169 din Codul insolvenței în parte.

§2. Condițiile particulare în privința momentului de la care poate fi introdusă acțiunea

În ceea ce-l privește pe *administratorul judiciar/lichidator*, singura condiție referitoare la momentul de la care poate fi introdusă această acțiune este cea impusă de alin. (2) din art. 169 din Codul insolvenței, și anume întocmirea raportului privitor la cauzele apariției stării de insolvență, fără de care cererea de atragere a răspunderii nu poate fi formulată. Această cerință poate fi asimilată unei proceduri prealabile reglementate de art. 193 C.proc.civ., text ce condiționează sesizarea instanței de îndeplinirea unei proceduri prealabile, dacă legea prevede în mod expres o asemenea procedură. Textul art. 169 alin. (2) din Codul insolvenței nu mai vorbește cu aceeași claritate cu care o făcea vechiul art. 138 din Legea nr. 85/2006 despre condiționarea formulării cererii de atragere a răspunderii, de întocmirea raportului causal¹. În principal, scopul acestei modificări a avut drept finalitate scoaterea de sub această condiție (a depunerii raportului causal) a celorlalți titulari ai acțiunii în atragerea răspunderii, și nicidecum acordarea posibilității administratorului judiciar de a fi lipsit de consecvență și de a se răzgândi cu privire la existența sau nu a unor persoane care au contribuit la apariția stării de insolvență.

Ce se întâmplă totuși dacă acest raport nu este întocmit sau este depus după expirarea termenului impus de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, de 40 de zile de la numirea administratorului

¹ Art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței nu mai conține teza I a fostului art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006: „În cazul în care în raportul întocmit în conformitate cu dispozițiile art. 59 alin. (1) sunt identificate persoane cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență a debitorului, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului [...]”.

judiciar/lichidatorului? Răspunsul trebuie nuanțat în funcție de titularii acțiunii în atragerea răspunderii.

Dacă **raportul nu a fost** depus și dacă nu a fost întocmit niciun raport ulterior celui impus de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței care să ofere justificări cu privire la motivul pentru care nu au fost identificate persoanele care au contribuit la apariția stării de insolvență, considerăm că *administratorul judiciar/lichidatorul* nu mai poate formula acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței, nefiind respectată condiția impusă acestui titular al acțiunii, anume identificarea persoanelor responsabile de apariția stării de insolvență.

În ipoteza în care **raportul este depus tardiv**, după expirarea celor 40 de zile impus de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, vor deveni aplicabile prevederile art. 185 alin. (1) C.proc.civ., operând sancțiunea decăderii. Cu toate acestea, pentru ca raportul depus în stare de decădere să nu își poată produce efectele, este necesar ca judecătorul-sindic să constate nulitatea sa, în condițiile art. 185 alin. (2) C.proc.civ., nulitate care, întrucât vizează o condiție extrinsecă actului de procedură (raportul causal) va fi una necondiționată, în sensul art. 176 C.proc.civ., vătămarea fiind prezumată în mod absolut. În vederea sancționării raportului causal cu nulitatea, este necesar ca părțile interesate sau judecătorul-sindic să invoce acest incident procedural. Fiind vorba despre o nulitate absolută, problema nulității raportului causal va putea fi ridicată inclusiv în cadrul acțiunii în atragerea răspunderii, prevederile art. 178 alin. (1) C.proc.civ. fiind extrem de clare în ceea ce privește posibilitatea invocării motivelor de nulitate absolută în orice stare a judecării cauzei.

Cu toate acestea, în ipoteza în care administratorul judiciar/lichidatorul, în mod obiectiv, descoperă existența unor motive ce pot fi valorificate pe cale acțiunii în atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență, ulterior momentului întocmirii raportului causal, considerăm că acestuia îi va fi permisă formularea unei acțiuni întemeiate pe prevederile art. 169 din Codul insolvenței¹. Astfel, **depunerea**

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., 746.

noului raport causal va reprezenta, în această situație, momentul de la care administratorul judiciar/lichidatorul va putea depune cererea de atragere a răspunderii.

Ceilalți titulari ai acțiunii, identificați de alin. (2) al art. 169 din Codul insolvenței, nu pot fi vătămați de inacțiunea administratorului judiciar/lichidatorului, având posibilitatea să formuleze acțiunea, indiferent dacă raportul reglementat de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței nu a fost întocmit sau a fost depus cu depășirea termenului de 40 de zile. Totuși în vederea identificării momentului de la care acești titulari ai acțiunii în atragerea răspunderii vor putea depune cererea de chemare în judecată, trebuie operată o distincție în funcție de depunerea sau nu a raportului causal, identificarea sau nu a persoanelor culpabile, respectiv hotărârea administratorului judiciar/lichidatorului de a introduce sau nu acțiunea.

(i) Dacă administratorul judiciar/lichidatorul nu depune raportul causal sau deși îl depune nu identifică persoane ce au contribuit la apariția insolvenței, ceilalți titulari ai acțiunii vor fi în drept să depună acțiunea reglementată de art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței imediat ce este constatată insuficiența pasivului.

(ii) În ipoteza în care sunt identificate în raportul causal persoanele responsabile, iar administratorul judiciar nu formulează cererea de atragere a răspunderii, ceilalți titulari ai acțiunii vor trebui să demonstreze, la momentul depunerii cererii că administratorul judiciar a luat hotărârea de a nu formula o astfel de cerere. La nivel probator acest aspect poate fi demonstrat fie prin existența unei manifestări directe de voință din partea administratorului judiciar/lichidatorului, fie prin orice mijloc de probă din care poate rezulta în mod indirect acest aspect. La aceste două ipoteze trebuie adăugată și cea în care există o amenințare a prescrierii dreptului la acțiune¹.

¹ I. Turcu, *Tratat de insolvență*, op. cit., p. 531.

§3. Formularea acțiunii în perioada reorganizării judiciare

Formularea unei cereri de atragere a răspunderii patrimoniale împotriva persoanelor ce au contribuit la apariția stării de insolvență, în timpul reorganizării judiciare nu a primit atenția cuvenită în doctrina de specialitate, decât în mod izolat¹. Jurisprudența în această materie este practic inexistentă, vechea Lege nr. 85/2006 având prevederi similare cu cele din Codul insolvenței în privința posibilității atragerii răspunderii pentru apariția stării de insolvență în perioada de reorganizare. „Culpa”, dacă o putem intitula astfel, pentru neutilizarea acestui instrument în perioada de reorganizare poate fi identificată în echivocul reglementării.

Cu toate acestea, pot fi găsite în mod facil o serie de argumente ce rezultă din prevederile legale incidente care conduc, fără nicio urmă de îndoială, la concluzia conform căreia atragerea răspunderii poate fi formulată inclusiv în perioada de reorganizare.

Art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței face vorbire despre posibilitatea ca *administratorul judiciar* să solicite judecătorului-sindic să oblige acele persoane care au contribuit la apariția stării de insolvență să suporte *o parte* din pasivul societății. Din moment ce textul legal permite și administratorului judiciar, iar nu numai lichidatorului, să formuleze o astfel de acțiune, rezultă că acesta, pe parcursul derulării reorganizării judiciare, poate formula cererea de atragere a răspunderii. Aceeași idee se desprinde și din textul art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței care enumeră printre atribuțiile administratorului judiciar și aprecierea asupra existenței premiselor angajării răspunderii persoanelor cărora le este imputabilă apariția stării de insolvență.

Întinderă acelei „părți” din pasivul debitoarei, care ar urma să fie acoperită prin mecanismul instituit de art. 169 din Codul insolvenței va fi limitată la prejudiciul aflat în legătură de

¹ A. Avram, *Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 87-88.

cauzalitate cu fapta comisă. Sumele astfel rezultate vor intra în averea debitorului și vor fi destinate, în caz de reorganizare judiciară, plății creanțelor potrivit programului de plăți și completării fondurilor necesare continuării activității debitorului (art. 171 din Codul insolvenței).

Manifestarea intenției de a formula o acțiune în răspundere în perioada de reorganizare judiciară se poate realiza exclusiv prin planul de reorganizare. Propunerea acestei măsuri se va face, în conformitate cu alin. (5) pct. B al art. 133 din Codul insolvenței, în capitolul referitor la obținerea de resurse financiare pentru susținerea și realizarea planului, reglementare ce se completează în mod natural cu cea de la art. 171 din Codul insolvenței. Titularul acțiunii va putea fi atât administratorul judiciar, cât și președintele comitetului creditorilor, respectiv un alt creditor împuternicit de Adunarea Creditorilor (în cazul pasivității administratorului judiciar). În perioada de reorganizare poate formula această acțiune și creditorul care deține peste 50% din masa credală, dar nu în această calitate de creditor majoritar, ci exclusiv în ipoteza în care primește o astfel de împuternicire prin Adunarea Creditorilor de votare a planului de reorganizare.

Cererea de atragere a răspunderii nu poate fi formulată în timpul reorganizării judiciare dacă această măsură nu a fost prevăzută în plan. Este adevărat că Legea nr. 85/2014 nu face nicio distincție în acest sens, însă în lipsa unei astfel de mențiuni în cuprinsul planului de reorganizare, existența unei insuficiențe a activului (condiție premisă în vederea formulării acțiunii) nu poate fi determinată, deoarece prin votarea și confirmare planului de reorganizare se consideră că acesta este unul viabil și, implicit, apt să acopere întregul pasiv al debitoarei, astfel cum a fost modificat ca efect al votului creditorilor.

Secțiunea a 4-a. Condițiile atragerii răspunderii

Pentru a putea fi atrasă răspunderea persoanelor ce se fac vinovate de apariția stării de insolvență, este necesară, pe lângă

întunecarea condițiilor specifice pentru atragerea răspunderii civile delictuale, existența unor situații premisă, exterioare răspunderii, care circumstanțiază activarea acesteia¹.

§1. Situațiile premisă

Răspunderea pentru contribuirea la apariția stării de insolvență depinde, în primul rând, de existența și actualitatea procedurii de insolvență deschisă față de debitorul persoană juridică și, în al doilea rând, de constatarea insuficienței activului pentru plata întregului pasiv².

1.1. Existența și actualitatea stării de insolvență

Aceasta este prima și cea mai importantă situație premisă, fără de care orice demers judiciar în vederea atragerii răspunderii persoanelor care se fac vinovate de apariția, respectiv de contribuirea la apariția stării de insolvență, nu poate fi pornit.

Acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței este o procedură colectivă, creată doar pentru scopurile insolvenței, continuarea sau exercitarea unei astfel de acțiuni nefiind posibilă în afara procedurii insolvenței. Închiderea procedurii insolvenței, stinge acțiunea în răspundere, pentru că lipsește această acțiune de prima și cea mai importantă premisă acesteia³.

Constituirea unui dosar asociat celui de insolvență în scopul judecării cererii de atragere a răspunderii nu poate conduce la ideea că judecata poate continua în ipoteza închiderii procedurii insolvenței. Această măsură a constituirii unor dosare asociate este luată în scopul administrării mai bune a procedurilor de insolvență.

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 743; Gh. Piperea, *Drept comercial*, vol. II, op. cit., p. 431.

² Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 740.

³ C.A. București, Secția a V-a comercială, decizia nr. 740/2007, în P.R. nr. 2/2008, p. 205-206; Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 740-741.

Dosarele asociate nu sunt dosare independente, de sine stătătoare, ci derivă din dosarul principal fiind afectate la nivel procedural de închiderea procedurii insolvenței.

În practica Legii nr. 85/2006 se proceda în mod greșit la închiderea procedurii și la disjungerea acțiunii în răspundere rămasă nerezolvată până la momentul respectiv sau se dădea dispoziție lichidatorului să continue executarea silită contra (foștilor) administratori¹.

Imposibilitatea continuării acțiunii de atragere a răspunderii în ipoteza închiderii procedurii insolvenței este reglementată, este adevărat în mod indirect, de prevederile art. 180 din Codul insolvenței. Astfel, prin închiderea procedurii, judecătorul-sindic, administratorul/lichidatorul judiciar și toate persoanele care i-au asistat sunt descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditori, titulari de drepturi de preferință, acționari sau asociați.

Argumentele cu privire la imposibilitatea continuării unei acțiuni în atragerea răspunderii în lipsa procesului de insolvență pot fi grupate pe mai multe categorii:

(i) **Inexistența unui debitor.** În caz de închidere a procedurii ca urmare a finalizării procedurii de faliment, debitorul persoană juridică își încetează existența, ca urmare a radierii sale din registrele de publicitate.

(ii) **Dezinvestirea judecătorul-sindic.** Acesta este singurul competent să judece acțiunea în răspundere, iar ca efect al încheierii procedurii insolvenței el își pierde competența de a soluționa orice cerere ce-l vizează pe fostul debitor.

¹ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 741. În același sens, a se vedea C.A. Ploiești, Secția comercială, decizia nr. 2203/15.12.2010, în B.C.A. nr. 3/2011, p. 22-23 – a dispune închiderea procedurii falimentului societății debitoare și prin aceeași hotărâre să se dispună convocarea comitetului creditorilor pentru punerea în discuție cererea de atragere a răspunderii patrimoniale înseamnă a lipsi de eficiență juridică dispozițiile art. 169 și urm. din Codul insolvenței, în condițiile în care prin sentință judecătorul-sindic a descărcat de orice îndatoriri.

(iii) *Creditorii își pierd această calitate.* Creanțele datorate de fostul debitor se sting ca efect al dispariției sale. Așadar, nu mai există victime ale prejudiciului și, în consecință, nu mai există răspundere¹.

Odată finalizată distribuirea fondurilor obținute din lichidare, pentru a simplifica procedura, judecătorul-sindic va trebui, potrivit prevederilor art. 413 alin. (1) pct. 1 C.proc.civ., să dispună suspendarea dosarului de fond, în așteptarea soluției cu privire la atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență.

Ulterior acestui moment, chiar și în ipoteza nepunerii în executare a hotărârii pronunțate în acțiunea în atragerea răspunderii, procedura va putea fi închisă, prevederile art. 173 alin. (2) din Codul insolvenței permițând chiar după închiderea procedurii falimentului, ca sumele rezultate din executarea silită să fie repartizate de către executorul judecătoresc potrivit prevederilor Legii nr. 85/2014.

1.2. Constatarea insuficienței activului pentru plata întregului pasiv

Valoarea prejudiciului ce urmează a fi acoperit ca urmare a atragerii răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență nu poate depăși prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă. Această caracteristică a noii realități normative este diferită de reglementarea anterioară (art. 138 din Legea nr. 85/2006) care îi permitea judecătorului-sindic să-i oblige pe cei responsabili la suportarea întregului pasiv rămas neacoperit².

Acțiunea de atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență este un demers judiciar specific procedurii insolvenței. În vederea atragerii răspunderii este necesară determinarea insuficienței activului, a cărui valoare reprezintă

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 741.

² I. Turcu, *Tratat de insolvență*, op. cit., p. 521.

prejudiciul maxim ce poate fi suportat de persoanele responsabile¹. Determinarea valori exacte a pasivului neacoperit nu reprezintă o condiție de exercitare a acțiunii, fiind suficientă stabilirea cu certitudine a faptului că activele nu sunt îndestulătoare pentru acoperirea creanțelor. În consecință, odată ce tabelul preliminar se definitivează, judecătorul-sindic va putea obliga persoanele care au contribuit la apariția stării de insolvență să suporte acea parte din pasiv ce nu va putea fi acoperită². În egală măsură nu va fi necesară lichidarea tuturor activelor debitoarei în vederea determinării insuficienței activului³. Evaluarea activului și a pasivului debitoarei pe parcursul derulării procedurii insolvenței, lasă locul unei marje de eroare, întrucât numai la finalizarea procedurilor de lichidare, va putea fi determinată cu exactitate valoarea pasivului⁴.

În aceste condiții se pune problema modului în care ar urma să fie respectate condițiile pe care trebuie să le îndeplinească, cu titlu general, cererea de chemare în judecată, și anume cele reglementate de art. 194 lit. c) C.proc.civ.⁵ – obiectul și valoarea lui după prețuirea reclamantului.

Obiectul cererii de atragere a răspunderii este lesne de determinat – acoperirea unei părți sau a întregii insuficiențe a activului. Problema care poate surveni este legată de indicarea valorii obiectului care, după cum am arătat deja, va putea fi determinată cu exactitate doar la momentul finalizării operațiunilor de lichidare a activelor debitoarei. Așteptare acestui moment în vederea formulării cererii de atragere a răspunderii va putea genera riscuri legate de incidența prescripției extinctive (art. 170 din Codul

¹ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 524.

² Com. 28.05.1991, Bull. civ. IV no 187, apud A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 557.

³ Com. 28.02.1995, în R.J.D.A. no 651, apud A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 546.

⁴ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 524.

⁵ Gh. Florea, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat*, vol. I, București, 2013, p. 554

insolvenței), fiind inclusiv în dezacord cu principiul derulării procedurii într-un termen rezonabil (art. 4 pct. 3 din Codul insolvenței), respectiv cu obligați organelor procedurii de a asigura efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de Codul insolvenței [art. 4 alin. (2) din Codul insolvenței].

Considerăm că la momentul formulării cererii de atragere a răspunderii, titularul cererii va putea indica cu titlu provizoriu prejudiciul rezultat din raportul de evaluare a bunurilor. Pe parcursul soluționării cererii de atragere a răspunderii, valoarea obiectului dedus judecății va putea fi modificată în condițiile art. 204 alin. (2) pct. 2 C.proc.civ., în funcție de modalitatea în care sunt lichidate activele debitorului. În ipoteza în care până la momentul soluționării cererii, valoarea insuficienței activului nu poate fi determinată cu exactitate, considerăm că va fi posibilă pronunțarea unei hotărâri prin care persoana responsabilă să fie obligată la acoperirea unei părți sau a întregii insuficiențe a activului, fără indicarea unei valori, urmând ca valoarea exactă să fie determinată ulterior, pe cale convențională, ori de către executorul judecătoresc, la momentul finalizării operațiunilor de lichidare. O altă variantă ar fi ca valoarea despăgubirilor să fie cea rezultată din raportul de evaluare întocmit de administratorul judiciar/lichidatorul, urmând ca la finalul lichidării activelor aceasta să fie regularizată.

În orice caz, sumele ce pot fi imputate persoanelor responsabile nu vor fi superioare insuficienței activului, în această limită ea putând fi diminuată¹. În ipoteza în care ulterior soluționării acțiunii în atragerea răspunderii și îndestulării creditorilor cu sumele obținute de la persoanele care au contribuit la apariția stării de insolvență, în patrimoniul debitoarei au mai rămas sume în surplus, acestea vor trebui distribuite persoanelor față de care a fost inițiată acțiunea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței, deoarece răspunderea acestor persoane este limitată la acoperirea pasivului, iar nicidecum la despăgubirea acționarilor sau a asociaților care ar fi îndreptățiți să primească sumele rămase în surplus în urma lichidării (art. 176 din Codul insolvenței). Pentru returnarea

¹ A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 557.

sumelor către persoana făcută responsabilă lichidatorul nu va fi în drept să perceapă onorariul de lichidare întrucât returnarea sumelor achitate nedatorat nu reprezintă o plată către creditorii debitoarei înscrși în tabel, ci reprezintă o plată curentă.

Procedura anulării actelor frauduloase poate avea impact asupra insuficienței pasivului. Este posibil ca anterior, ulterior sau concomitent cu formularea cererii de atragere a răspunderii să se formuleze și o acțiune în anulare întemeiată pe prevederile art. 117 din Codul insolvenței. Într-o primă variantă, se poate considera că suntem în fața unui caz de suspendare a procesului civil (a acțiunii în atragerea răspunderii), în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 C.proc.civ.¹, astfel încât să poate fi determinată cu exactitate existența sau nu a unei insuficiențe a activului, în ipoteza în care acțiunea în anulare se soldează cu întoarcerea bunului sau a contravalorii acestuia în patrimoniul debitoarei².

Față de același principiul edictat de art. 4 pct. 3 din Codul insolvenței, potrivit căruia este necesară asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, considerăm că instituția suspendării nu-și poate găsi aplicabilitatea în cazul de față. În plus, astfel cum am arătat, procedura atragerii răspunderii poate reprezenta una dintre modalitățile de procurare de fonduri în vederea reorganizării³, aspect ce denotă incompatibilitatea instituției suspendării cu atragerea răspunderii.

În jurisprudență s-a reținut că pasivul social este determinat prin tabelul creditorilor, iar faptul că prin anularea unor acte frauduloase s-ar putea recupera o parte din pasiv constituie o chestiune de executare. Faptul că ambele demersuri procedurale pot duce la creșterea masei active nu se constituie într-un contra-argument, aceasta pentru că pe de o parte anularea transferurilor nu șterge răspunderea delictuală, iar pe de altă parte, pentru că

¹ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 500-501.

² L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 827.

³ A se vedea *supra*, p. 348.

eventualul excedent financiar li se cuvine asociaților/acționarilor¹. Considerăm, astfel cum am arătat și mai sus, că în eventualitatea în care la finalul procedurilor de lichidare și după acoperirea integrală a creanțelor se constată un surplus în averea debitorului, acesta va trebui să fie distribuit persoanelor față de care a fost atrasă răspunderea, dar în limita sumelor pentru care au fost inițial făcuți responsabili. Din punct de vedere legal, obligația de returnare a acestor sume derivă din instituția plății nedatorate, fiind asimilată unei creanțe curente.

Atragerea răspunderii solidare reglementate de art. 27 C.proc.fisc., poate avea, la rândul său impact asupra insuficienței activului pentru acoperirea pasivului, creditorii bugetari având practic posibilitatea de a-și recupera creanța de la persoanele față de care se dispune această formă de răspundere. Odată recuperat acest prejudiciu de la persoanele vizate de prevederile art. 27 C.proc.fisc., creditorii bugetari își pierd această calitate în procedura insolvenței, ca urmare a stingerii creanței, operând astfel o modificare implicită masci credale. Se poate pune însă problema subrogării în drepturile creditorilor bugetari a persoanelor față de care s-a atras răspunderea. Considerăm însă că o astfel de subrogare, ce este în fapt o acțiune în regres, nu va fi posibilă, prevederile art. 1384 alin. (4) C.civ. reținând faptul că cel care exercită regresul nu poate recupera partea din despăgubire care corespunde propriei sale contribuții la cauzarea prejudiciului.

1.2.1. Demararea acțiunii în răspundere în etapa falimentului

Demararea acțiunii reclamă constatarea insuficienței activului pentru plata întregului pasiv. Ca modalitate tehnică de determinare a acestei insuficiențe ea se va realiza în urmă inventarierii și evaluării bunurilor falitului, valoarea astfel rezultată urmând a fi scăzută din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv consolidat.

¹ C.A. Pitești, Secția a II-a civilă de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2284/24.10. 2012 (www.legalis.ro).

Astfel cum am menționat deja, acest calcul este unul provizoriu, întrucât este posibilă valorificarea bunurilor debitoare la prețuri mai mari sau mai mici față de cele evaluate.

1.2.2. Demararea acțiunii în răspundere în etapa reorganizării judiciare¹

Textul art. 171 din Codul insolvenței indică destinația sumelor obținute ca urmare a finalizării cu succes a cereri de atragere a răspunderii, stabilind că vor intra în averea debitorului și vor fi direcționate spre plata creanțelor potrivit programului de plăți cuprins în planul de reorganizare.

În această ipoteză se pune problema cuantificării obiectului cererii de atragere a răspunderii, și anume identificarea sumelor pe care ar urma să le suporte persoanele care au contribuit la apariția stării de insolvență. Odată confirmat planul de reorganizare, cel puțin în teorie, este considerat ca fiind viabil [din moment ce judecătorul are posibilitatea să nu confirme planul dacă nu întrunește condițiile de viabilitate – art. 139 alin. (1) pct. F din Codul insolvenței] ceea ce presupune că întreaga masă credală (astfel cum a fost modificată ca efect al confirmării planului) urmează a fi acoperită. De aici și **inexistența unui prejudiciu ce ar trebui acoperit.**

Cu toate acestea, astfel cum am precizat în cele de mai sus, textul art. 171 din Codul insolvenței indică, chiar dacă indirect, faptul că acțiunea în atragerea răspunderii poate fi inițiată și pe parcursul reorganizării judiciare.

În aceste condiții, întrucât în vederea demarării acțiunii în atragerea răspunderii este necesară identificarea unui prejudiciu pe care ar urma să-l suporte creditorii, ipoteză ce nu poate fi imaginată în cazul existenței unui plan de reorganizare confirmat, considerăm că acțiunea în atragerea răspunderii va putea fi demarată în perioada de reorganizare **exclusiv** dacă acest demers judiciar este indicat în plan, ca sursă de finanțare. De fapt aceasta este și finalitatea textului art. 171 din Codul insolvenței care

¹ I. Turcu, *Tratat de insolvență*, op. cit., p. 521.

stabilește că sumele astfel obținute vor fi direcționate spre plata creanțelor potrivit programului de plăți cuprins în planul de reorganizare¹.

Evaluarea insuficienței pasivului se va realiza ca diferență între tabelul definitiv de creanțe și valoarea activelor debitorului, determinată în baza unei expertize. Prin planul de reorganizare valoarea creanțelor poate fi diminuată, aspect ce va avea impact și asupra cuantumului prejudiciilor suferite de creditori, valoarea obiectului acțiunii în răspundere urmând a se diminua în consecință.

§2. Existența unei fapte ilicite

Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane (art. 1349 C.civ.).

Pentru angajarea răspunderii civile delictuale trebuie să existe o încălcare de către pârât/pârâți a normelor dreptului obiectiv prin care să se cauzeze prejudicii dreptului subiectiv aparținând altei persoane².

Fapta ilicită nu este una generică, în sensul art. 1349 C.civ., ci o listă circumstanțiată de fapte³, enumerate de art. 169 alin. (1) din

¹ Dacă răspunderea este antrenată în timpul reorganizării judiciare, partea din pasiv ce se solicită a fi acoperită nu trebuie să depășească limita sumei necesare transpunerii în practică a planului de reorganizare, dar poate fi și mai mică decât aceasta – *St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 453.*

² *C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil, Teoria generală a obligațiilor, Ed. All Beck, București, 1993, p. 172.*

³ Deși nu se mai pune problema unei enumerări limitative a motivelor în temeiul cărora poate fi formulată cererea de atragere a răspunderii, se poate vorbi în continuare despre caracterul circumstanțiat al listei de la art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței, întrucât lit. h) condiționează atragerea răspunderii de existența unei vinovății sub forma intenției la

Codul insolvenței¹. Prin introducerea unei noi categorii de fapte ilicite [art. 169 alin. (1) lit. h) din Codul insolvenței], în contrast cu vechea reglementare (art. 138 din Legea nr. 85/2006) răspunderea pentru contribuirea la apariția stării de insolvență a fost extinsă la orice altă faptă săvârșită cu intenție². Astfel, și în sistemul nostru de drept enumerarea faptelor ilicite ce pot determina atragerea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență nu mai este una limitativă³.

Sub aspect probator, nu vor fi suficiente simplele afirmații ale titularului cererii, pentru a opera angajarea răspunderii patrimoniale, invocarea prevederilor art. 169 alin. (1) lit. a)-h) din Codul insolvenței nefiind, prin ea însăși, aptă să atragă răspunderea. Legiutorul nu a înțeles să instituie o prezumție legală de vinovăție [cu excepția situației reglementate de lit. d) (*n.n.*)] și de răspundere în sarcina persoanelor responsabile pentru contribuire la apariția stării de insolvență, ci a prevăzut posibilitatea atragerii răspunderii doar după administrarea de dovezi care să conducă la concluzia că, prin faptele enumerate de lege s-a cauzat ajungerea societății în stare de insolvență⁴.

Momentul săvârșirii faptei invocate drept temei al acțiunii în răspundere, trebuie să se plaseze anterior momentului deschiderii procedurii insolvenței⁵. Răspunderea instituită de art. 169 din

momentul comiterii faptelor ce au contribuit la apariția stării de insolvență.

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 742.

² Sistemul nostru de drept se distinge față de cel francez care nu identifică faptele în temeiul cărora poate fi atrasă răspunderea. Art. 651-2 din Codul comercial francez permite atragerea răspunderii pentru orice greșală de administrare.

³ I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, ed. a 4-a, op. cit. (www.legalis.ro).

⁴ C.A. București, Secția a VI-a, decizia nr. 565/2008, în *Jurindex*, apud St.D. Cărpénaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, op. cit., p. 458.

⁵ Neținerea contabilității în conformitate cu legea după deschiderea procedurii nu poate fi temei al angajării răspunderii administratorilor cu atât mai mult cu cât, datorită ridicării dreptului de a-și administra

Codul insolvenței vizează pagubele generate creditorilor de apariția stării de insolvență, iar nu cele survenite ulterior acestui moment.

2.1. Utilizarea bunurilor sau a creditelor persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane juridice – art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței

Utilizarea, în sens material sau în sens juridic¹, a bunurilor persoanei juridice se raportează la ansamblul averii debitorului și la toate categoriile de bunuri corporale sau incorporale, precum și la toate drepturile patrimoniale sau nepatrimoniale. Prin bunurile societății nu trebuie să se înțeleagă doar cele care sunt în proprietatea societății, ci și cele pe care societatea le folosește cu titlu de locațiune² sau cu un alt titlu.

Din analiza tezei II lit. a) rezultă că în egală măsură se va răspunde pentru **folosirea creditului societății** în interesul altor persoane. Abuzul de creditul societății (în sensul de credibilitate) poate consta în garantarea de către debitoare a unor obligații personale ale administratorului sau ale altor persoane fizice sau juridice, prin fidejusiune, cauțiune reală, aval, gir, împrumuturi ale administratorilor de la societate etc.³ Prin urmare, de fiecare dată când societatea garantează executarea obligațiilor unor terți, va putea fi demarată procedura de atragere a răspunderii întemeiată pe lit. a) teza a II-a.

Acțiunile persoanelor responsabile, contrare interesului social, sunt criticabile exclusiv dacă sunt realizate în scop personal sau în

activitatea, obligația conducerii contabilității revine administratorului judiciar – Trib. București, Secția a VII-a comercială, sentința comercială nr. 1995/08.09.2006, în Insolvența 3.

¹ I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București 2007, p. 521.

² Observații cu privire la Cass. Com. 8.11.2011, no. 10-18849 (no 1120 F-D) în R.J.D.A. nr. 3/2012, Ed. Francis Lefebvre, p. 278.

³ St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale comentariu pe articole* Ed. C.H. Beck, București (www.legalis.ro, bibliotecă juridică online).

scopul unei alte persoane. Acest interes reglementat de art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței poate îmbrăca fie forma interesului material, fie cea a interesului de natură morală, inclusiv profesională. Astfel, poate fi calificat drept interes personal și dorința administratului de a continua relațiile cu un terț beneficiar al actului de dispoziție sau de administrare sau interesul de a-și consolida situația în cadrul societății beneficiare, ori de a întreține prin favoruri relații cu persoane influente¹.

Aceste fapte sunt sancționate și penal (cu excepția celor de trezorerie în cazul societăților aparținând aceluiași grup) de art. 272 lit. b) din Legea nr. 31/1990 care prevede pedeapsa cu închisoarea pentru folosirea cu rea-credință a bunurilor sau creditului de care se bucură societatea, într-un scop contrar intereselor acesteia sau în folosul lui propriu ori pentru a favoriza o altă societate². Abuzul constă în folosirea poziției și influenței pe care autorul le are în cadrul societății prin deturnarea interesului social în interes propriu sau al altei persoane. Împrumuturile intragrup, deși pot constitui o folosință a creditului societății în interesul unei alte persoane, nu vor putea constitui temei pentru atragerea răspunderii în ipoteza în care contextul economic al tranzacțiilor relevă existența unui veritabil interes la nivel de grup³. Acest aspect, dublat de posibilitatea derulării unor proceduri de insolvență față de grupurile de societăți, ne îndreptățește să considerăm că împrumuturile intragrup, ce au o justificare economică, nu vor putea reprezenta fapte apte să determine atragere a răspunderii.

Nu se poate vorbi despre folosirea cu rea-credință a bunurilor sau creditului societății dacă debitoarea **nu a recuperat o creanță** de la creditorii săi, întrucât între cele două fapte nu există similitudine. Legiuitorul, prin art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul

¹ S. Szabo, Răspunderea administratorului pentru folosirea bunurilor și a creditului societății, în P.R. nr. 2/2007, p. 221.

² În ipoteza în care faptele ilicite examinate îmbracă haina unor infracțiuni, alături de răspunderea civilă va fi atrasă și răspunderea penală – St.D. Cărpenu, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 458.

³ L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 813.

insolvenței, vizează bunurile sau creditele persoanei juridice, iar nu starea de pasivitate a în recuperarea unor debite¹. Starea de pasivitatea sau mai bine zis inacțiunea administratorului nu se poate circumscrie sferei de reglementare a lit. a) care reglementează o acțiune – „folosirea”.

2.1.1. Fapte care se circumscriu sferei de reglementare a art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței

(i) *Transferul faptic de bunuri* din averea debitoarei către o altă societate fără să se întocmească acte, fără a fi evidențiat în evidența contabilă, dar și fără să fie încasată vreoa sumă drept contravaloare a acestora, sunt fapte care dovedesc folosirea bunurilor în interes personal de către administratori/acționari². În egală măsură, înstrăinarea de către administratorul debitoarei a unor bunuri din averea debitoarei către membrii familiei sale, precum și lipsa de preocupare pentru încasarea prețului vânzării sunt fapte care atrag răspunderea sa patrimonială fiind demonstrată astfel folosirea bunurilor persoanei juridice în folosul propriu³.

(ii) Administratorul va fi responsabil în temeiul lit. a) în ipoteza în care s-a folosit de fondurile societății, și-a renovat casa de vacanță cu salarii societății în timpul orelor de program, respectiv a făcut să dispară un autoturism aparținând societății⁴. Aceeași este situația și în ipoteza în care administratorul debitoarei

¹ Trib. Comercial Cluj, încheierea comercială nr. 1788/07.05.2009, în Insolvența 3.

² Trib. Galați, sentința comercială nr. 1269/20.11.2008, în Insolvența 3; În egală măsură va trebui atrasă răspunderea în ipoteza în care înstrăinarea bunurilor și apoi a acțiunilor s-a realizat în vederea fraudării intereselor creditorilor, prin cedarea acestora în patrimoniul unei societăți terțe, unde să nu poată fi urmărite (această faptă poate fi sancționată și pe calea acțiunii în anulare a actelor frauduloase – art. 117 din Codul insolvenței), C.A. București, decizia nr. 2053/2007, în P.R. nr. 3/2008, p. 219.

³ Trib. Sălaj, sentința civilă nr. 188/29.01.2007, în Insolvența 3.

⁴ Cass. Com. 8.11.2011, no. 10-18849 (no. 1120 F-D), în R.J.D.A. nr. 3/2012, Ed. Francis Lefebvre, p. 278

a creat o situație de fapt și de drept confuză cu privire la bunurile societății folosindu-le în interesul său și al altor persoane¹.

(iii) *Operațiunea de încasare în avans a dividendelor* de către administratorul statutar îmbracă ipoteza reglementată de alin. (1) lit. a) a art. 169 din Codul insolvenței atât timp cât potrivit situațiilor financiare societatea a înregistrat profit nesemnificativ, iar în anul următor, pierdere netă. Nu prezintă relevanță sub aspect exonerator de răspundere faptul că, ulterior, aceste dividende au fost restituite, fiind suficient pentru existența acestei fapte ca, pentru o perioadă de timp, cel față de care s-a pornit acțiunea să fi folosit în interes personal bunuri ale societății în folosul său propriu, ceea ce se circumscrie acțiunii de încasare de dividende fără drept².

(iv) *Înregistrarea fictivă pe venituri a unor sume însemnate*, cum ar fi: a) transferul în bancă de către administrator și acționari a sumelor obținute din încasări și înregistrate în soldul de casă, dar nu cu mențiunea „încasări din vânzări”, ci cu mențiunea „creditare firmă”; b) existența de neconcordanțe între sumele ridicate din casă, cu titlul alimentare bancă și sumele efectiv depuse; c) ridicarea din contul de trezorerie de sume pe cecuri semnate de administrator sau acționari, fără însă a exista o justificare pentru acestea sau o depunere în casa societății; d) închirierea de hale de producție către societăți din grup pe un contract atipic în sensul că chiria nu este stipulată; e) vânzarea producției obținute, către societățile din grup, la prețuri inferioare celor practicate pe piață, sunt fapte încadrabile în ipoteza reglementată de art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței, fundamentând ipoteza folosirii bunurilor debitoarei în interesul personal al asociaților și administratorilor sau în folosul unei alte persoane³.

¹ C.A. Ploiești, decizia nr. 979/09.09.2008, în Insolvența 3.

² C.A. Constanța, Secția comercială, maritimă și fluvială, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 474/COM/09.06.2008, în Insolvența 3.

³ Trib. București, Secția a VII-a comercială, sentința comercială nr. 2435/27.05.2008, în Insolvența 3.

(v) *Crearea unei noi societăți cu aceeași denumire sau cu o denumire similară*, procedeu cunoscut drept *sindromul phoenix-ului* reprezintă tot o faptă ce poate fi încadrată la lit. a)¹. În acest caz este vorba despre folosirea denumirii societății sau a creditului societății în sensul de încredere (imaginea dobândită în piață) care reprezintă, la rândul lor bunuri, ce au fost folosite astfel în interesul unei alte persoane.

(vi) *Nepredarea către lichidator a valorilor înscrise în bilanțul contabil* constituie un indiciu temeinic sub aspect probator al faptului că administratorul a folosit bunurile societății înscrise în bilanțul contabil în folos propriu. Nerestituirea acestor bunuri, dublată și de lipsa unei contraprestații (în ipoteza înstrăinării lor), care să fie expresia echilibrului părților contractante nu îl poate apăra pe administrator de răspundere. Soluția este naturală, nepunându-se discuta despre compatibilitatea liberalităților cu principiul specialității capacității de folosință a societăților comerciale².

2.1.2. Fapte care nu se circumscriu sferei de reglementare a art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței

(i) *Plățile făcute după deschiderea procedurii* nu pot reprezenta un motiv de atragerea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență chiar dacă nu au fost avizate de administratorul judiciar. Codul insolvenței a reglementat o sancțiune diferită (art. 84), și anume nulitatea de drept a plăților efectuate cu nerespectarea prevederilor legale³.

¹ B. Hammigan, op. cit., p. 707; St. Mayson, D. French Ch. Ryan, op. cit., p. 712-713.

² C.A. Cluj, Secția a II-a civilă, decizia nr. 8506/2013, în B.C.A. nr. 11/2013, p. 37.

³ În mod greșit s-a reținut în jurisprudență faptul că plățile făcute după data deschiderii procedurii insolvenței, fără avizul lichidatorului, pentru prestări servicii de amenajări interioare, cu toate că societatea nu avea un sediu propriu și nici contract de închiriere care să justifice aceste cheltuieli coroborat cu faptul că sediul societății corespunde cu domiciliul administratorului social, duc la concluzia că banii au fost utilizați pentru modernizarea apartamentului propriu al acestuia și prin urmare este temei

(ii) *Lipsa de diligență cu privire la depozitarea corespunzătoare a materiilor prime* nu poate reprezenta un motiv de atragerea răspunderii, întrucât nu este respectată condiția impusă de art. 169 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței, anume folosirea acestor bunuri în folosul propriu sau a altor persoane¹.

2.2. Efectuarea unor activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice – art. 169 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței

Loialitatea față de societatea administrată este incompatibilă cu desfășurarea de către administrator a unor activități economice în interes personal². Cu toate acestea, personalitatea juridică poate reprezenta o tentație pentru persoana fizică în vederea limitării răspunderii. În acest scop administratorul va putea interpune între sine și creditorii săi o societate fictivă, de fațadă. Orice încercare de fraudare a creditorilor prin folosirea acestei „centuri de protecție” urmează a fi corectată pe calea acțiunii în atragerea răspunderii patrimoniale a administratorului care a efectuat activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes personal sub acoperirea persoanei juridice. Se poate deci afirma că art. 168 alin. (1) lit. b) sancționează efectuarea unor activități de comerț prin persoane interpușe (debitoarea) – *prête-nom*³.

pentru angajarea răspunderii – Trib. Caraș-Severin, sentința comercială nr. 834/17.05.2007, în Insolvența 3.

¹ În mod greșit s-a reținut în jurisprudență responsabilitatea administratorului pentru ipoteza în care nu a luat măsuri pentru depozitarea corespunzătoare a materiilor prime, cu consecința deprecierii acestora. Fapta sa nu poate fi asimilată celei de a fi dispus de aceste bunuri în interes propriu, fraudând posibilitatea creditorilor de a-și satisface creanțele – Trib. Vrancea, sentința comercială nr. 138/29.03.2007, în Insolvența 3.

² L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 812.

³ St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 460.

Acest motiv de atragere a răspunderii este similar, dar nu se confundă, cu mecanismul reglementat de art. 193 alin. (2) C.civ. conform căreia nimeni nu poate invoca împotriva unei persoane de bună-credință calitatea de subiect de drept a unei persoane juridice, dacă prin aceasta se urmărește ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei atingeri aduse ordinii publice.

Se va putea atrage răspunderea în ipoteza în care licitațiile prin care debitoarea a dobândit diferite imobile, ce ulterior au fost folosite *de facto* de către asociatul unic, nu au respectat prevederile legale și au fost anulate ulterior de către instanța de judecată cu consecința repunerii părților în situația anterioară, iar debitoarea a fost obligată la plata de despăgubiri civile, întrucât s-a aflat în imposibilitatea de a le mai returna¹.

În egală măsură imposibilitatea justificării lipsei faptice a unor mărfuri lăsate în custodie de către creditoarea petentă pe care le-a valorificat în interes personal fără a le înregistra în contabilitate, dar în numele societății deoarece în avizul de expediție (document de proveniență a mărfii), figurează debitoarea, este de natură a atrage aplicabilitatea art. 169 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței².

2.3. Continuarea, în interes personal, a unei activități care ducea în mod vădit persoana juridică la încetarea de plăți – art. 169 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței

Încadrarea unei fapte în această ipoteză presupune existența unei situații în care societatea debitoare, deși avea dificultăți financiare, și-a continuat activitatea pe o linie care ducea, în mod vădit, la intrarea în incapacitate de plată³. Astfel, prin dispunerea de a continua în interes personal efectuarea unor activități

¹ Trib. Comercial Cluj, sentința comercială nr. 852/C/15.04.2008, în Insolvența 3.

² Trib. Neamț, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința comercială nr. 226/F/23.04.2008, în Insolvența 3.

³ St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 433.

comerciale care ducă în mod vădit la starea de insolvență se înțelege acel ansamblu de activități care, deși sunt vădit prejudiciabile din punct de vedere financiar pentru patrimoniul societății, sunt continuate în mod conștient și voit de membrii organelor de conducere, cu scopul de a obține câștiguri personale¹.

Continuarea activității debitoare în ipoteza în care insolvența era una iminentă nu se poate constitui într-un motiv de atragere a răspunderii în temeiul lit. c). Obligația debitorului prin organele sale de conducere de a depune cerere de deschidere a procedurii insolvenței survine doar în cazul în care este vorba despre o insolvență instalată².

Textul de lege nu distinge între caracterul patrimonial sau nepatrimonial al interesului personal al organelor de conducere în continuarea activității debitoare. De aceea interesul poate fi atât unul *patrimonial* cum ar fi încasarea indemnizației de administrator, a unor bonusuri etc., respectiv de ordin *nepatrimonial*, anume înfățișarea unei imagini de om de afaceri ce conduce o societate comercială prosperă.

Continuarea activității societății, respectiv omisiunea de a declara insolvența voluntară, în condițiile în care starea pasivului nu s-a agravat, ci a rămas aceeași ori s-a îmbunătățit, **nu poate constitui temei pentru atragerea răspunderii întemeiate pe art. 169 din Codul insolvenței**³. Din punct de vedere tehnic, probarea acestui aspect este extrem de facilă, prin intermediul unei expertize contabile care va avea drept obiectiv calcularea pasivului la cele două momente temporale. În egală măsură nu vor fi întrunite condițiile pentru atragerea răspunderii în ipoteza în care activitatea debitoare este continuată, perioadă în care pasivul suferă o agravare temporară, pentru ca până la momentul deschiderii procedurii, să se revină la starea inițială sau să se producă chiar o îmbunătățire a stării pasivului.

¹ C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 921/14.09.2010, în B.C.A. nr. 1/2011, p. 20-21.

² St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 460.

³ B. Hannigan, op. cit., p. 705.

Continuarea activității cu **dorința onestă de a salva compania** nu poate determina atragerea răspunderii. Administratorii vor putea solicita în această situație, pentru a fi scutiți de răspundere, acordul acționarilor pentru a continua activitatea¹. Adoptarea unei astfel de Hotărâri AGA îi exonerează pe administratori de răspundere însă va putea atrage răspunderea acționarilor pentru contribuirea la apariția stării de insolvență. Aceasta este rațiunea pentru care simpla nedepunere a unei cereri voluntare de deschidere a procedurii insolvenței, nedublată de îndeplinirea celorlalte condiții impuse de textul art. 169 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței nu poate constitui temei pentru atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere².

Prin urmare, inclusiv în lipsa unei Hotărâri AGA de continuare a activității, dacă suntem în fața unei speranțe legitime de redresare a afacerii (*business judgement rule*), indiferent dacă această speranță este bazată pe o neglijență, respectiv o imprudență a administratorului, răspunderea pentru contribuirea la apariția stării de insolvență va fi înlăturată³.

Atragerea răspunderii întemeiate pe prevederile art. 169 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței poate avea loc în următoarele ipoteze:

¹ Este exonerat de răspundere administratorul în ipoteza în care asociații sau acționarii au hotărât în cadrul Adunării Generale continuarea activității, C.A. Craiova, decizia nr. 355/26.03.2013, în R.R.D.J. nr. 4/2013, p. 68.

² În mod greșit s-a reținut în jurisprudență faptul că administratorul societății a încălcat dispozițiile imperative ale legii care îi impuneau obligația de a solicita tribunalului stabilirea stării de insolvență (de încetare de plăți), imediat ce aceasta a apărut, respectiv 20.06.2002. Administratorul societății a dispus astfel, continuarea activității în interes personal întrucât interesul acestuia în continuarea activității debitoarei aflate în încetare de plăți este prezumat, datorită faptului că mandatul în baza căruia a condus societatea este unul comercial, care este prezumat a fi oneros – Trib. Dâmbovița, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința nr. 105/10.07.2007, în Insolvența 3.

³ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 813-814.

(i) Amânarea deschiderii procedurii insolvenței în vederea finalizării procedurilor de executare silită prin adjudecare, în favoarea unei societăți comerciale al cărei asociat și administrator era soția administratorului falitei și în favoarea propriilor angajați. În aceste condiții se poate reține concluzia că administratorul a dispus, în interes personal, continuarea unei activități fictive, ducând, în mod vădit, la pierderea întregului patrimoniu, cu consecința imposibilității achitării creanțelor¹.

(ii) Dacă administratorul societății a menținut nejustificat salariați care nu au desfășurat niciun fel de activitate, înregistrându-se nejustificat cheltuieli cu salariile și impozitele aferente, a manifestat pasivitate în achitarea datoriilor fiscale, iar când societatea a desfășurat activitate, conducerea acesteia nu a efectuat analizele necesare determinării pragului de rentabilitate care exprimă acel volum al activității pentru care cheltuielile efectuate să fie cel puțin egale cu veniturile obținute, instituirea răspunderii administratorului este posibilă întrucât se poate susține că acesta a dispus în interes personal continuarea unei activități care ducea în mod vădit persoana juridică la încetare de plăți, prin menținerea personalului în condițiile în care nu se desfășura activitate².

(iii) Existența unor creanțe nerecuperate poate evidenția faptul că administratorul a lăsat termenul de prescripție să curgă în favoarea creditorilor săi, dovedind prin aceasta că i-a favorizat nejustificat. Astfel amânarea depunerii cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței odată ce debitoarea a ajuns în stare de incapacitate de plăți și acumularea în continuare de datorii pe care nu și le putea achita în termenele legale, reprezintă un temei pentru atragerea răspunderii asociatului unic/administrator pentru fapta de a dispune în interes personal continuarea unei activități care ducea în mod vădit persoana juridică la încetare de plăți³.

¹ Trib. Giurgiu, sentința comercială nr. 22/03.02.2009, în Insolvența 3.

² Trib. Harghita, sentința civilă nr. 1942/15.09.2008, în Insolvența 3.

³ Trib. București, sentința comercială nr. 3384/02.09.2008, în Insolvența 3.

(iv) **Plata unor sume către societăți terțe în care pârâtul avea calitate de administrator, dublată de inexistența unor contra-prestații, se circumscrie prevederilor art. 169 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței.** Faptul că sumele au fost restituite integral nu are relevanță întrucât cauzarea prejudiciului s-a făcut prin blocarea unor lichidități necesare unei activități comerciale echilibrate, ceea ce poate cauza apariția stării de insolvență¹.

2.4. Au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea – art. 169 art. (1) lit. d) din Codul insolvenței

Înregistrarea contabilă în acord cu prevederile legale, a operațiunilor efectuate și a bunurilor aflate în patrimoniul societății, servește drept instrument de evidențiere și verificare a activității economice a debitorului².

Normele care reglementează organizarea evidențelor contabile sunt cuprinse în Legea nr. 82/1991 și în normele sale de aplicare. Ținerea unei contabilități fictive, cauzarea dispariției unor documente contabile sau neținerea contabilității în conformitate cu legea pot reprezenta și conținutul constitutiv al unor infracțiuni, cum ar fi bancruta frauduloasă (art. 241 C.civ.)³.

În aplicarea vechii reglementări [art. 138 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006] s-a afirmat⁴ că **nepredarea documentelor contabile lichidatorului** creează prezumția inexistenței acestor documente, iar neținerea contabilității face insesizabilă starea de insolvență și nu permite administratorilor să ia măsurile necesare

¹ C.A. Constanța, Secția comercială, maritimă și fluvială, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 474/COM/09.06.2008, în Insolvența 3.

² L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 814.

³ I. Turcu, Tratat de insolvență, op. cit., p. 526.

⁴ I. Turcu, Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, ed. a 4-a, op. cit. (www.legalis.ro) – C.A. Constanța, Secția comercială, decizia nr. 66/COM/02.02.2005.

în astfel de situații. Noua reglementare [art. 169 alin. (1) lit. d) din Codul insolvenței] a preluat aceste concluzii doctrinare, instituind o **presumpție legală relativă** cu privire la existența **vinovăției** și a **legăturii de cauzalitate** între faptă și prejudiciu în cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar. Regimul juridic al acestei prezumții este reglementat de art. 328 alin. (1) C.proc.civ., titularul cererii de atragere a răspunderii, fiind scutit de probarea existenței vinovăției și a legăturii de cauzalitate. Cu toate acestea, titularul acțiunii va fi dator să dovedească faptul cunoscut, vecin și conex, pe care se întemeiază prezumpția – existența faptei ilicite – anume nepredarea documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar. Întrucât este vorba despre un fapt negativ, titularul cererii va trebui doar să afirme că actele contabile nu au fost predate, pârâtul fiind dator să probeze faptul pozitiv contrar, anume să prezinte procesul-verbal de predare primire a documentelor contabile.

Pot constitui temeiuri pentru atragerea răspunderii prevăzute de acest text: neevidențierea în contabilitate a unor mărfuri, introducerea de facturi fictive, ridicarea de avansuri în numerar fără a depune chitanțe justificative, refuzul sistematic de a preda lichidatorului documentele contabile, existența unor mărfuri în stoc și mijloace fixe înscrise în evidența contabilă, dar absente faptic etc.

Refuzul de a preda actele contabile a primit calificări juridice diferite. *Pe de o parte* s-a considerat că din absența oricărei cooperări a administratorului statutar la solicitarea de a preda actele contabile, se poate reține că administratorul statutar al debitoarei nu și-a îndeplinit obligația de a preda administratorului/lichidatorului judiciar actele financiar-contabile ale debitoarei, aspect din care ar rezulta faptul că acesta nu și-a îndeplinit obligația de a ține contabilitatea în conformitate cu legea¹. *Pe de altă parte* s-a considerat că nu li se poate imputa pârâților, ca motiv de angajare a răspunderii administratorilor, că nu au prezentat actele și documentele contabile la solicitarea lichidatorului

¹ Trib. Comercial Cluj, sentința comercială nr. 2121/24.09.2008, în Insolvența 3.

judiciar, în lipsa unei lucrări de specialitate care să fi verificat activitatea administratorilor, lucrare ce n-a putut fi efectuată pentru că nici lichidatorul și nici creditorii nu au fost de acord să o susțină din punct de vedere material¹. În aplicarea noii reglementări, această din urmă decizie de speță nu-și mai găsește relevanță întrucât prezumția instituită de art. 169 alin. (1) lit. d) teza a II-a din Codul insolvenței îi permite judecătorului-sindic să oblige persoanele responsabile la acoperirea insuficienței activului chiar dacă nu este efectuată o expertiză care să determine legătura de cauzalitate. *De lege lata*, pârâtul va fi cel interesat să administreze probe prin care să răstoarne prezumția, fiind inversată astfel sarcina probei.

Cu toate acestea, după cum a subliniat și jurisprudența în materie², **nedepunerea bilanțurilor contabile** sau a altor documente cerute de lege la administrația fiscală ori la Registrul Comerțului nu poate angaja răspunderea administratorului.

Practica judiciară a identificat o serie de ipoteze suplimentare celei legate de nepredarea documentelor contabile în care se impune atragerea răspunderii în temeiul art. 169 alin. (1) lit. d) din Codul insolvenței. Astfel, **neefectuarea inventarierii patrimoniului** pentru trei ani consecutivi, conform prevederilor legale incidente, întrunește elementele constitutive ale faptei reglementate de art. 169 lit. d) din Codul insolvenței³. Bineînțeles că în aceste cazuri, prezumția ce se activează în caz de nepredare a documentelor contabile nu își mai produce efectele, titularul acțiunii fiind dator să probeze vinovăția și legătura de cauzalitate.

În schimb, faptul că ulterior **distrugerii documentelor contabile** ale societății debitoare nu s-a inițiat procedura de reconstituire a acestora, conform dispozițiilor Legii nr. 82/1991, nu este în măsură să probeze incidența cazului prevăzut la art. 169 alin. (1)

¹ Trib. Dâmbovița, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința nr. 233/06.12.2007, în Insolvența 3.

² C.A. București, Secția a V-a comercială, decizia nr. 669/2004.

³ C.A. Constanța, Secția comercială, maritimă și fluvială, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 474/COM/09.06.2008, în Insolvența 3.

lit. d) din Codul insolvenței, fiind în măsură, eventual, să atragă răspunderea contravențională a persoanelor responsabile, neputându-se confunda răspunderea civilă delictuală cu cea contravențională¹. Sarcina probei distrugerii documentelor contabile incumbă părâtului întrucât va trebui să răstoarne prezumția relativă ce joacă în defavoarea sa, în ipoteza în care documentele contabile nu sunt predate.

Un alt caz de atragere a răspunderii poate fi reprezentat de scoaterea din evidența contabilă a bunurilor societății pe baza unui simplu proces-verbal de casare întocmit de administratorul statutar, proces-verbal din care reiese că societatea debitoare a fost vandalizată și bunurile furate. Acest act este lipsit de relevanță în lipsa unor alte probe, respectiv un act constatator care să emane de la organele de poliție îndreptățite să constate furtul și dispariția bunurilor, precum și împrejurările în care s-a realizat aceasta².

2.5. Deturnarea sau ascunderea unei părți din activul persoanei juridice sau mărirea fictivă a pasivului acesteia – art. 169 alin. (1) lit. e) din Codul insolvenței

Activitatea de ascunderea unei părți din pasivul persoanei juridice poate fi asimilată actelor frauduloase ce sunt supuse acțiunii în anulare reglementate de art. 117 și urm. din Codul insolvenței. Formularea unei acțiuni în anularea actelor frauduloase nu impietează asupra dreptului titularilor acțiunii în atragerea răspunderii de a solicita atragerea răspunderii.

Deturnarea unei părți din activul debitoare reprezintă în general acea activitate prin intermediul căreia este schimbată destinația unor bunuri ce aparțin persoanei juridice. Ascunderea

¹ Trib. Suceava, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, sentința nr. 193/01.04.2008, în Insolvența 3.

² C.A. Cluj, Secția a II-a civilă, decizia nr. 3154/13.09.2011, în B.C.A. nr. 12/2011, p. 20.

unei părți din pasiv se materializează prin dosirea unor bunuri sau drepturi patrimoniale ale debitorului¹.

Mărirea fictivă a pasivului poate fi reprezentată de prezentarea unor obligații patrimoniale fictive, cum ar fi consemnarea în evidențele contabile a unor sume fără cauză legitimă, respectiv prin înregistrarea în evidențele contabile a unor datorii inexistente prin utilizarea unor acte false care să ateste astfel de datorii².

În schimb, omisiunea organelor de conducere de a iniția demersurile legale în vederea recuperării creanțelor pe care debitorul le are în raport cu partenerii săi contractuali nu poate fi calificată drept o activitate de mărire fictivă a pasivului în sensul reglementat de art. 169 alin. (1) lit. e) din Codul insolvenței³.

2.6. Folosirea de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri – art. 169 alin. (1) lit. f) din Codul insolvenței

Fapta incriminată de art. 169 alin. (1) lit. f) din Codul insolvenței, vizează acele ipoteze în care, pentru procurarea fondurilor în vederea ascunderii sau amânării stării de insolvență, sunt folosite mijloace care agravează pasivul debitoarei. Procurarea sumelor de bani necesare continuării activității, sub presiunea încetării iminente a plăților, se face în mod frecvent în condiții mai dezavantajoase decât cele ale unei tranzacții încheiate în circumstanțe normale⁴. Textul de lege în cauză își va găsi relevanța ori de câte ori actele de transfer, respectiv asumarea de obligații în vederea procurării de fonduri sunt încheiate în condiții ruinătoare.

¹ St.D. Cărpenu, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 453.

² C.A. Alba Iulia, decizia comercială nr. 248/13.03.2009, în Insolvența 3.

³ În sens contrar, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații, op. cit., 2006, p. 791.

⁴ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 815.

În determinarea îndeplinirii acestei condiții, trebuie cercetat dezechilibrul în raport cu condițiile normale ale pieții¹.

O astfel de situație apare în ipoteza în care într-un instrument de plată este înscrisă o sumă mai mare decât cea reală². În schimb prezentarea unei situații financiare nereale pentru a determina obținerea unui împrumut de la o societate bancară nu poate fi reținută ca o modalitate de ruinare a societății debitoare cu consecința antrenării răspunderii administratorilor, ci poate întruni exclusiv elementele constitutive ale infracțiunii de fals sau înșelăciune, fapte pe pot fi sesizate pe calea unei plângeri penale³.

Această categorie de fapte ilicite presupune folosirea de către membrii organelor de conducere, în vederea amânării sau evitării declanșării insolvenței, a unor mijloace în care prestația societății este în mod vădit disproporționat de mare față de cea primită în schimb. Dacă, însă, probele administrate evidențiază că toate creditele contractate au fost acordate în condiții avantajoase de plată, iar neachitarea în termen a acestora s-a considerat că s-a datorat activității cu caracter agricol a debitoarei, pentru care producția depinde de o serie de factori imprevizibili, răspunderea administratorilor nu poate fi angajată⁴.

2.7. Efectuarea de plăți cu preferință către un creditor, în dauna celorlalți creditori, în luna precedentă încetării plăților – art. 169 alin. (1) lit. g) din Codul insolvenței

În vederea atragerii răspunderii pentru fapta descrisă la alin. (1) lit. g) a art. 169 din Codul insolvenței este necesară îndeplinirea unei condiții unice printre motivele în temeiul cărora poate fi atrasă răspunderea, și anume efectuarea unei plăți în luna precedentă

¹ Încheierea unor contracte de împrumut cu dobânzi mult mai mari decât cele practicate în mod curent pe piață sau vânzarea unor bunuri la prețuri foarte mici față de valoarea lor de circulație – St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 453.

² Trib. Bihor, sentința nr. 98/F/06.02.2008, în Insolvența 3.

³ C.A. Craiova, decizia nr. 182/15.02.2007, în Insolvența 3.

⁴ C.A. Craiova, decizia nr. 1641/30.10.2006, în Insolvența 3.

aparitiei stării de **încetare a plăților**. Acest termen „încetarea plăților” nu a primit o definiție legală, fiind folosit exclusiv în articolele ce reglementează procedura atragerii răspunderii (art. 169 din Codul insolvenței, respectiv art. 268 din Codul insolvenței – atragerea răspunderii organelor de conducere ale societății de asigurare/reasigurare).

Momentul intrării debitorului în încetare de plăți nu este echivalent cu momentul deschiderii procedurii insolvenței, motiv pentru care determinarea și identificarea acestui moment nu se va putea raporta la data deschiderii procedurii insolvenței. Întrucât norma în discuție este una de drept material, iar starea de încetare a plăților nu este definită, considerăm că vor trebui aplicate prevederile art. 1 alin. (2) C.civ., prin raportare la prevederile art. 5 pct. 29 din Codul insolvenței. Astfel, se va apela la dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, anume la definiția insolvenței, acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile. În aceste condiții, momentul intrării debitoarei în încetare de plăți este identic cu momentul instalării stării de insolvență¹.

Textul supus analizei nu vizează efectuarea unor plăți nedatorate, către persoane ce nu au calitatea de creditori, ci vizează acele ipoteze în care plățile efectuate sunt datorate.

Fapta în cauză va fi aptă să genereze atragerea răspunderii numai în măsura în care debitorul avea alte datorii scadente care,

¹ În jurisprudența și doctrina interbelică s-a reținut în principiu că un comerciant este în încetare de plăți când nu mai poate să-și plătească datoriile sale exigibile. Atunci când este vorba de a fixa punctul de plecare al perioadei suspecte (raportarea datei), ce nu coincide cu momentul deschiderii procedurii insolvenței, mijloacele frauduloase ilicite, necinstite pe care un comerciant le întrebuințează pentru a-și păstra creditul trebuie să fie considerate ca fapte doveditoare a încetării plăților și deci a considera pe un atare comerciant în încetare de plăți din ziua când s-a dat la astfel de expediente, întrucât în atare caz nu mai poate fi vorba despre un credit real, ci de unul fictiv, de o aparență care maschează în chip neacceptabil încetarea vieții comerciale – Trib. Covurlui II, 12.10.1925, cu notă de E. Cristoforeanu, în P.R. nr. 8/2008, p. 247.

ca efect al neachitării la termen, au făcut să fie îndeplinite condițiile deschiderii procedurii insolvenței¹. Plata către un creditor sau către anumiți creditori care are drept rezultat orientarea lichidităților insuficiente numai către aceștia reprezintă un motiv de atragere a răspunderii, întrucât ceilalți creditori își văd diminuate, dacă nu chiar risipite șansele de realizare a creanțelor². Rațiunea acestui motiv de atragerea răspunderii rezidă din caracterul **preferențial** al plăților, ceea ce creează o situație inechitabilă în raport cu restul creditorilor, prin încălcarea principiului asigurării unui tratament egal al creditorilor de același rang (art. 4 pct. 4 din Codul insolvenței). Însuși scopul procedurii insolvenței este acela de a determina recuperarea creanțelor în proporții egale de către toți creditorii, în funcție de rangul pe care îl poartă, iar nu doar de o parte a acestora.

Fiind o faptă intenționată, realizarea plăților indicate de lit. g) în ipoteza în care debitorul nu este conștient de starea de încetare de plăți nu va fi aptă să determine atragerea răspunderii³. În vederea atragerii răspunderii în temeiul acestui motiv, este necesară probarea intenției debitorului, de a face plăți preferențiale, cu bună știință, tocmai în scopul de a-i favoriza pe unii dintre creditori în detrimentul altora.

Dacă în luna încetării plăților, administratorul a plătit cu preferință asociaților – dintre care unul era chiar pârâțul, iar celălalt era fiul său – sume de bani cu care aceștia creditaseră societatea, chiar dacă suma achitată acestora era una datorată, plata respectivă s-a făcut cu prejudicierea celorlalți creditori cărora li s-a diminuat posibilitatea de realizare a creanțelor, iar antrenarea răspunderii patrimoniale a persoanei vinovate devine posibilă⁴. În mod cert achitarea creanțelor către asociați ar trebui să reprezinte ultima prioritate a societății. Plata furnizorilor în vederea

¹ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 815.

² St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 464.

³ I. Adam, C.N. Savu, Legea procedurii insolvenței; Comentarii și explicații, op. cit., 2006, p. 794.

⁴ Trib. Dolj, sentința comercială nr. 527/18.09.2006, în Insolvența 3.

continuării activității comerciale trebuie să fie preocuparea principală a administratorilor care sunt datori să asigure mijloacele necesare valorificării factorilor de producție. Ipoteza descrisă poate reprezenta inclusiv un motiv în vederea anulării plăților către asociați, în temeiul art. 117 alin. (1) din Codul insolvenței, titularul acțiunii în anulare fiind dator să probeze existența fraudei în dauna creditorilor.

Totodată trebuie menționat că textul art. 169 alin. (1) lit. g) din Codul insolvenței nu distinge dacă plățile sunt făcute anticipat (pentru creanțele nescadente) sau pentru creanțele scadente. În ipoteza în care plățile sunt făcute pentru stingerea unor creanțe nescadente, acest motiv de atragerea răspunderii se va circumscrie și în sfera actelor frauduloase ce pot fi anulate în temeiul art. 117 alin. (2) lit. f) din Codul insolvenței.

În ipoteza în care actul în cauză este anulat prin procedura specială instituită de art. 117 din Codul insolvenței, titularii acțiunii în atragerea răspunderii nu vor mai putea formula o astfel de acțiune, deoarece anularea plăților și, implicit, întoarcerea sumelor de bani astfel achitate, are ca efect acoperirea prejudiciului aflat în legătură de cauzalitate cu fapta comisă, dispărând astfel una dintre condițiile atragerii răspunderii civile delictuale, și anume existența unui prejudiciu. Cu toate acestea, dacă este demonstrat un prejudiciu suplimentar, rezultat din lipsa sumelor de bani achitate în mod preferențial, ce a contribuit la apariția stării de insolvență, atragerea răspunderii va fi admisibilă.

2.8. Orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului

2.8.1. Aplicarea în timp a prevederilor art. 169 alin. (1) lit. h) din Codul insolvenței

Aplicarea în timp a art. 169 alin. (1) lit. h) din Codul insolvenței ridică o serie de probleme extrem de interesante. Regula generală în privința aplicării în timp a Codului insolvenței este oferită de prevederile art. 343 din Codul insolvenței, respectiv de prevederile art. 24 C.proc.civ. Astfel, prevederile Legii nr. 85/2014

se vor aplica exclusiv procedurilor de insolvență ce au fost deschise în baza unor cereri depuse ulterior intrării în vigoare a acestui act normativ. Această regulă vizează exclusiv dispozițiile noi de procedură astfel cum impun prevederile art. 24 C.proc.civ.

Dispozițiile de drept material conținute de Codul insolvenței vor urma regimul juridic impus de art. 6 C.civ. Astfel, întrucât prevederile art. 169 alin. (1) lit. h) din Codul insolvenței (ce au structura unei norme de drept material) nu au un corespondent în vechea reglementare, spre deosebire de cele indicate de lit. a)-g), cererea de atragere a răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență, întemeiată pe prevederile lit. h), va putea fi primită doar dacă faptele circumscrise acestui motiv au fost săvârșite ulterior momentului intrării în vigoare a Legii nr. 85/2014¹.

Astfel, în ipoteza în care vorbim despre o procedură ce s-a deschis ulterior momentului intrării în vigoare a Codului insolvenței (28.06.2014), în cadrul căreia se judecă o cerere de atragere a răspunderii, motivul reglementat de lit. h) a art. 169 alin. (1) va putea fi invocat doar dacă faptele pretins a fi ilicite s-au produs la un moment ulterior intrării în vigoare a Codului insolvenței.

2.8.2. Faptele săvârșite cu intenție, care au contribuit la starea de insolvență a debitorului

Acest motiv de atragere a răspunderii, transformă enumerarea de la art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței dintr-una limitativă (cum era în vechiul art. 138 din Legea nr. 85/2006) într-una exemplificativă. Singura condiție pe care va trebuie să o întrunească fapta ce a contribuit la apariția stării de insolvență este săvârșirea ei cu intenție. Astfel, orice încălcare de către persoanele responsabile, cu bună știință, a dispozițiilor legale sau a clauzelor

¹ Conform art. 6 alin. (5) C.civ. dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare. În același sens, dar prin raportare la prevederile art. 15 din Constituție, a se vedea *St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, P. Nemeș*, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 458.

contractuale¹ de care societatea debitoare este ținută, va fi aptă să determine angajarea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, bineînțeles în ipoteza în care sunt întrunite și celelalte condiții ale răspunderii. Trebuie precizat faptul că încălcarea cu bună știință a prevederilor contractuale nu transformă răspunderea dintr-una delictuală într-una contractuală. După cum am precizat deja, atragerea răspunderii în temeiul art. 169 din Codul insolvenței nu se poate realiza pe tărâm contractual. Este vorba tot despre comiterea unei fapte ilicite, anume nerespectarea, în mod intenționat, a obligațiilor asumate de către societatea debitoare în raporturile cu terții creditori. Cu alte cuvinte administratorul nu răspunde pe tărâm contractual în fața creditorilor, întrucât nu are o relație directă cu aceștia, ci răspunde în fața societății la a cărei insolvență a contribuit, pentru acoperirea insuficienței activului, ce a fost generată prin încălcarea cu bună-știință a unor obligații contractuale asumate de debitoare.

(i) Încheierea unui contract de livrare produse și încasarea avansului aferent de către debitoare, în condițiile în care administratorul debitoarei era conștient că nu va putea livra bunurile reprezintă o faptă care poate determina atragerea răspunderii², în condițiile în care imposibilitatea livrării acestor bunuri a reprezentat cauza intrării în insolvență.

(ii) Odată ce administratorul statutar realizează faptul că starea financiară a societății este iremediabil compromisă este obligat, pentru a limita prejudiciile ce ar putea fi cauzate creditorilor, să îi anunțe asupra situației financiare precare pe care o traversează debitoarea. Este de datoria administratorului să se asigure că marfa achiziționată poate fi și plătită. Sub acest aspect, plasarea de noi comenzi în condițiile în care administratorul era conștient că nu va putea achita marfa comandată, reprezintă o faptă săvârșită cu intenție, în sensul lit. h) care, dacă a contribuit la apariția stării de

¹ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 816.

² G. Cooper (Chemicals) Ltd, 1978 Ch. 262, în R. Goode, op. cit., p. 658. În același sens, a se vedea A. Lienhard, Responsabilité civile de l'administrateur pour défaut de paiement d'un fournisseur, în Recueil Dalloz nr. 22/7207, 2005, p. 1475.

insolvență, poate determina atragerea răspunderii. Într-adevăr vorbim despre o pasivitate vinovată a administratorului care nu l-a înștiințat pe furnizorul său cu privire la riscul de neplată. Administratorul nu se va putea apăra susținând că inclusiv în ipoteza în care și-ar fi atenționat pe furnizorul său cu privire la riscul de neplată, acesta ar fi onorat comenzile plasate, întrucât este greu de crezut că un furnizor obișnuit va trece peste un astfel de avertisment¹.

(iii) Neachitarea unor creanțe purtătoare de dobânzi și penalități oneroase, cum ar fi de exemplu cele datorate bugetului de stat, în mod intenționat, în condițiile în care societatea debitoare deține fondurile necesare acoperirii acestor datorii poate reprezenta o faptă aptă să determine atragerea răspunderii. Bineînțeles că este necesar a se face proba faptului că penalitățile și dobânzile acumulate au determinat apariția stării de insolvență.

Nu va fi posibilă atragerea răspunderii, dacă judecătorul-sindic constată că starea de insolvență a debitoarei s-a datorat *managementului defectuos*, fără a se putea reține în sarcina administratorului debitoarei vreuna dintre faptele limitativ și expres prevăzute de Legea nr. 85/2014². Greșelile de management presupun asumarea imprudentă de riscuri sau informarea de o manieră neglijentă anterior luării deciziilor de afaceri. Astfel, prin management defectuos trebuie înțelese acele fapte comise din culpă, fără intenție, care au condus societatea într-o direcție neprofitabilă. În ipoteza în care ne aflăm în fața unei intenții, fapta va putea fi circumstanțiată motivelor reglementate la alin. (1) lit. c) și f) ale art. 169 din Codul insolvenței.

§3. Existența prejudiciului

O altă condiție în vederea intentării acțiunii în răspundere întemeiate pe dispozițiile art. 169 din Codul insolvenței este

¹ Recueil Dalloz nr. 22/7207 din 2.06.2005, p. 1475-1476.

² I. Turcu, Tratat de insolvență, op. cit., p. 527; Trib. București, sentința comercială nr. 2846/06.11.2006, în Insolvența 3.

existența unui prejudiciu pe care l-a suferit averea debitorului, prin constatarea de către judecătorul-sindic nu numai a faptului că persoana juridică a ajuns în încetare de plăți, ci și a împrejurării că obligațiile față de creditori nu pot fi plătite integral din averea debitorului¹ – într-un cuvânt, insuficiența activului.

Pe lângă faptul că prejudiciul reprezintă o condiție a răspunderii civile delictuale *in genere*, având în vedere că este suficientă proba contribuției la apariția stării de insolvență, ea reprezintă și o situație premisă (exterioară răspunderii). În cadrul acestei categorii de răspundere, prejudiciul nu este reprezentat de apariția stării de insolvență, ci de insolvabilitatea debitorului, anume de insuficiența activului.

Prin urmare, prejudiciul direct este provocat debitoarei² și se concretizează în starea de insolvență în care a ajuns debitoarea ca urmare a săvârșirii faptului ilicit, subsecvent fiind prejudiciul cauzat creditorilor prin imposibilitatea acestora de a-și mai recupera creanțele de la societatea falită³. Prejudiciul în dauna debitorului falit, poate fi inegal cu prejudiciul creditorilor și nu se confundă cu acesta⁴. Întrucât scopul procedurii insolvenței, enunțat în art. 2 din Codul insolvenței, este acela de a acoperi pasivul debitoarei, și anume de a plăti creanțele creditorilor, menirea acțiunii reglementate de art. 169 din Codul insolvenței este aceea de a acoperi prejudiciile creditorilor care au drept cauză

¹ Trib. Arad, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința nr. 214/2001, în S.U.B.B. nr. 1/2001, p. 112, cu nota de A. Bucuman.

² În doctrină a fost emisă o opinie contrară, în sensul că faptele enumerate de art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței pot fi delimitate în două categorii de ilicit: (i) fapte ilicite care prejudiciază în mod direct debitorul în insolvență și în mod indirect creditorii acestuia (e.g. folosirea bunurilor în interes propriu, continuarea unei activități ruinătoare etc.); (ii) fapte ilicite care prejudiciază direct creditorii și în mod indirect debitorul (e.g. plata cu preferință a unor creditori în detrimentul altora), L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 815.

³ C.A. Cluj, Secția comercială, decizia nr. 57/2007 (www.legalis.ro).

⁴ C.A. București, Secția a VI-a comercială, decizia nr. 657/2007, în M. Pivniceru, C.A. Susanu, M. Susanu, Procedura insolvenței. Practică judiciară 2006-2009, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 353.

insuficiența activelor debitoarei, fiind irelevante prejudiciile cauzate debitoarei și implicit acționarilor/asociaților săi. Aceasta este rațiunea pentru care, nu poate fi primită teza potrivit căreia administratorul nu răspunde în fața creditorilor motivat prin faptul că art. 171 din Codul insolvenței impune ca sumele obținute din atragerea răspunderii să intre în patrimoniul societății, de aici urmând a fi distribuite creditorilor¹, deoarece această interpretare ar contraveni scopului procedurilor de insolvență.

În acest sens s-a reținut că răspunderea reglementată de prevederile art. 169 din Codul insolvenței presupune existența unui prejudiciu în patrimoniul creditorilor debitorului insolvent. Cu alte cuvinte, prejudiciul la care se referă art. 169 din Codul insolvenței este un prejudiciu colectiv, constând în imposibilitatea acoperirii întregii mase pasive datorită insuficienței activelor debitorului². Existența acestui prejudiciu este probată la momentul în care pasivul depășește activul, iar întinderea acestuia este dată de diferența dintre activul și pasivul debitorului persoană juridică³.

Condiția existenței prejudiciului pentru a formula acțiunea în atragerea răspunderii este firească, reprezentând una dintre condițiile generale ale răspunderii civile delictuale de drept comun. Prejudiciul trebuie să fie determinat sau determinabil. Se va putea pune problema existenței unui **prejudiciu determinat** dacă acțiunea în atragerea răspunderii este demarată după lichidarea în totalitate a bunurilor debitoarei. În ipoteza în care acțiunea în atragerea răspunderii este demarată anterior acestui moment, vom vorbi despre un **prejudiciu determinabil**. Ulterior pronunțării unei hotărâri de admiterii a cererii de atragere a răspunderii, valoarea prejudiciului va putea fi determinată fie de către organele procedurii, fie de către executorul judecătoresc, la momentul finalizării procesului de lichidare a averii debitorului. În acest sens, doctrina a subliniat că pentru ca prejudiciul să fie susceptibil de reparare trebuie îndeplinite mai multe condiții, și anume: să fie cert

¹ Ibidem.

² Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 727-728.

³ I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, op. cit., 2006, p. 782-783.

și să nu fi fost reparat încă. Caracterul cert al prejudiciului presupune că acesta este sigur, atât în privința existenței, cât și în privința posibilității de evaluare¹.

Deși în mod aparent, la o primă vedere, se poate considera că suntem în fața unei derogări de la obligația impusă de art. 1385 C.civ.² potrivit căruia prejudiciul se repară integral – *poate dispune ca o parte sau întregul pasiv al debitorului să fie acoperit* (art. 169 din Codul insolvenței) – întrucât prejudiciul ce trebuie acoperit este cel al creditorilor, iar nu al debitoarei și, mai mult, întrucât obligația de dezdăunare se poate întinde exclusiv pentru prejudiciul cauzat prin faptele incriminate, considerăm că nu ne aflăm într-o asemenea ipoteză, partea față de care se atrage răspunderea urmând a repara întregul prejudiciu cauzat prin fapta sa.

Ulterior pronunțării hotărârii de atragere a răspunderii, ca urmare a finalizării procesului de lichidare a averii debitorului, dacă prejudiciul acordat prin hotărârea judecătoarei-sindic a suferit modificări în privința întinderii sale, vor fi aplicabile prevederile art. 1386 alin. (4) C.civ., în sensul că despăgubirea va putea fi sporită, redusă sau suprimată, dacă, după stabilirea ei, prejudiciul s-a mărit, s-a micșorat ori a încetat³.

În orice caz, întinderea prejudiciului la care poate fi obligată persoana care a contribuit la apariția stării de insolvență nu poate să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta comisă [art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței]⁴.

¹ C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a 3-a, Ed. All Beck, București. 2000, p. 153 – 154.

² St.D. Cărpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 453.

³ L. Boilă, în F.L.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 1386 C.civ. (www.legalis.ro).

⁴ Sistemul de drept francez nu cunoaște o asemenea limitare, judecătorul având posibilitatea obligării persoanei responsabile la suportarea în totalitate a insuficienței activului, chiar dacă fapta culpabilă reținută a produs doar o parte din pasivul rămas neacoperit: Cour de cassation, com, 21.06.2005 – 04-12.087, în Recueil Dalloz nr. 27/7212 din 7.07.2005, p. 1850. Aceeași este situația și în dreptul anglo-saxon, judecătorul de caz având o putere discreționară în a aprecia întinderea

§4. Raportul de cauzalitate între faptă și prejudiciu

Legătura de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu este o condiție esențială, de natură obiectivă, pentru angajarea răspunderii delictuale a persoanelor care a contribuit la apariția stării de insolvență. Exigența acestei condiții impune ca între prejudiciul produs și faptul generator să existe o legătură de la cauză la efect, astfel încât, din multitudinea împrejurărilor cauzale și a condițiilor care au contribuit într-o anumită măsură, să fie identificate acele acțiuni sau inacțiuni anterioare care au determinat în mod direct și necesar producerea prejudiciului¹.

Din formularea textului art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței, rezultă că sunt răspunzătoare pecuniar, în temeiul dispozițiilor art. 169 din Codul insolvenței, persoanele care au contribuit la starea de insolvență a debitorului². Doctrina³ a catalogat pe bună dreptate ca fiind inedită condiția existenței unei legături de cauzalitate între fapta culpabilă și apariția stării de insolvență, iar nu de prejudiciul propriu-zis suferit de creditor. Prejudiciul suferit de creditor fiind strict legat de starea de insolvență a debitoarei, rezultă că există oricum o legătură de cauzalitate și între fapta culpabilă și prejudiciul creditorilor. Acest aspect este întărit de prevederile din noul art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței care impune o condiție suplimentară în ceea ce privește existența unui raport de cauzalitate, și anume raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul suferit de creditor (insuficiența activului).

răspunderii persoanelor față de care s-a stabilit că au determinat surveniența insolvenței – B. Hannigan, op. cit., p. 705.

¹ L. Boilă, în F.I.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 1357 C.civ. (www.legalis.ro).

² În ceea ce privește noua reglementare care vizează „contribuirea” la apariția stării de insolvență, din textul art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței se poate interpreta că această condiție a „contribuirii” se aplică doar acelor persoane care nu fac parte din organele de conducere ale societății, pentru aceștia din urmă fiind necesară probarea cauzării insolvenței.

³ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 744; Gh. Piperea, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 433.

Cuantumul sumei acordate de judecătorul-sindic nu poate fi mai mare decât ceea ce e în legătură directă cu prejudiciul creditorilor.

Poate fi deci reținut faptul că angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la insolvența debitorului este condiționat de stabilirea cumulativă a două legături de cauzalitate¹: (i) raportul de cauzalitate (contribuție) între fapta ilicită și starea de insolvență; (ii) raportul de cauzalitate între fapta ilicită și insuficiența activului.

Prin urmare, persoanele enumerate la alin. (1) al art. 169 din Codul insolvenței nu pot fi răspunzătoare decât în măsura în care, săvârșirea unei fapte ilicite a contribuit la apariția stării de insolvență, diminuând activul societății prin faptele indicate la art. 169 alin. (1) lit. a)-h) din Codul insolvenței. În lipsa unei legături de cauzalitate între activitatea ilicită și starea de insolvență și, implicit, prejudiciul suferit de creditor, acțiunea de atragere a răspunderii va trebui respinsă ca neîntemeiată².

Între fapta ilicită și prejudiciu trebuie să existe o relație directă, de la cauză la efect³. Într-o opinie s-a considerat că nu poate fi atrasă răspunderea dacă faptele au „favorizat”, iar nu „determinat”

¹ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 820.

² Antrenarea răspunderii administratorilor debitoarei nu este admisibilă dacă nu s-a făcut dovada raportului de cauzalitate între faptul încetării de plăți și presupusele fapte săvârșite de către administratorii sociali, invocate de către recurentă, întrucât partea din pasivul societății, rămas neacoperit și care reprezintă „prejudiciu” trebuie să fie rezultatul faptelor săvârșite de persoanele în cauză. Nu se poate susține, însă, că partea din pasivul societății, care urmează a fi suportată de persoanele din conducerea societății, este în mod automat pasivul neacoperit prin lichidarea patrimoniului societății, ci prejudiciul care rezultă din probațiunea administrată – C.A. Craiova, decizia nr. 1489/16.10.2006, în Insolvența 3.

³ Dreptul francez nu cunoaște o astfel de limitare, administratorul putând să răspundă pentru întreaga insuficiență a pasivului, chiar dacă fapt sa a contribuit doar la o parte a acestui prejudiciu. În acest sens, a se vedea A. Lienhard, Lien de la causalite entre la faute de gestion et la condamnation au comblement de passif, în Recueil Dalloz nr. 27/7212 din 7.07.2005, p. 1850

producerea stării de insolvență¹. Aceiași autori arată că, deși în prima parte a textului art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței se vorbește despre persoane care au contribuit la apariția stării de insolvență, ulterior, legea prevede că despăgubirile datorate de persoana responsabilă nu pot depăși prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta. În ciuda acestor argumente, considerăm că noua reglementare în materia acțiunii în atragerea răspunderii a suferit modificări substanțiale în ceea ce privește regimul juridic al legăturii de cauzalitate, motiv pentru care și condițiile în care este atrasă răspunderea trebuie să țină cont de aceste modificări. Or, din moment ce noua reglementare face vorbire despre „contribuirea la apariția stării de insolvență”, în timp ce vechiul text de la art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 institua condiția „cauzării stării de insolvență”, considerăm că atragerea răspunderii se va putea realiza și în ipoteza în care faptele doar „au favorizat” apariția stării de insolvență, acest termen fiind echivalent celui de „contribuire”, folosit de Codul insolvenței.

§5. Vinovăția

Vinovăția reprezintă o condiție distinctă și esențială a răspunderii civile delictuale, cu un caracter de sine stătător și precis determinat. Răspunderea poate fi angajată numai față de făptuitorul care se face vinovat de comiterea faptei prejudiciabile².

Ca element al răspunderii, vinovăția trebuie să îmbrace **forma intenției**³. Această concluzie se deprinde din împrejurarea că toate faptele ilicite enumerate la alin. (1) al art. 169 din Codul insolvenței sunt fapte intenționale care exclud culpa ca formă a vinovăției, majoritatea acestor fapte fiind în același timp infracțiuni de

¹ St.D. Cărpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 466.

² L. Boilă, în FLA. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), op. cit., 2012, comentariul art. 1357 C.civ. (www.legalis.ro).

³ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 745; I. Turcu, Tratat de insolvență, op. cit., p. 522.

rezultat. Intenția, ca formă a vinovăției civile, este definită de art. 16 alin. (2) C.civ. drept acea situație în care autorul prevede rezultatul faptei sale și fie urmărește producerea lui prin intermediul faptei, fie, deși nu îl urmărește, acceptă posibilitatea producerii acestui rezultat. În aceste condiții, față de reglementarea extrem de clară a textelor art. 169 alin. (1) lit. h) – „orice altă faptă săvârșită cu intenție” și observând totodată definiția legală a intenției, considerăm că atragerea răspunderii nu se va putea face nici în cazul în care suntem în fața celei mai grave forme de culpă – *culpa lata*¹ – definită drept aceea de care nu s-ar face vinovat nici omul cel mai mărginit².

Sistemul nostru de drept nu cunoaște prevederi similare cu cele din Marea Britanie, excluzând atragerea răspunderii în ipoteza în care fapta comisă este rezultatul unei decizii greșite de management. *Wrongful trading*-ul³ exclude intenția ca formă de vinovăție, făcându-l astfel incompatibil cu procedura de atragere a răspunderii instituită de art. 169 din Codul insolvenței.

Pentru a fi aptă să determine atragerea răspunderii, persoana față de care a fost demarată o astfel de procedură trebuie să fi urmărit producerea unei pagube creditorilor, nefiind suficientă probarea culpei, indiferent cât de gravă ar fi aceasta⁴. Un argument suplimentar în sensul că în vederea atragerii răspunderii este

¹ În sens contrar, s-a apreciat că este posibilă atragerea răspunderii în ipoteza în care încălcarea obligațiilor de diligență și de prudență este atât de gravă încât poate fi reținută o *culpa lata*, asimilabilă intenției – L. Bercea, în R. Bufan (coord.), op. cit., p. 812. *Culpa lata* este, totuși, o formă a culpei, motiv pentru care extinderea regimului juridic al atragerii răspunderii, prin analogie, și în privința faptelor săvârșite sub această formă de vinovăție nu poate fi primită, datorită limitărilor impuse de art. 10 C.civ. – „Legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege”.

² I. Adam, *Drept civil. Obligațiile. Faptul juridic*, Ed. C.H. Beck, București, 2013 (www.legalis.ro).

³ R. Goode, op. cit., p. 663.

⁴ *Twinsectra Ltd vs. Yardley Ltd*, 2002, A.C. 164, în R. Goode, op. cit., p. 659-660.

necesară probarea unei intenții, este oferit de prevederile art. 169 alin. (1) lit. h) din Codul insolvenței, ce sancționează „*orice alte fapte săvârșite cu intenție*”.

În lipsa vinovăției sub forma intenției, acțiunea în atragerea răspunderii va fi respinsă ca neîntemeiată. Totodată vinovăția nu este prezumată, ci trebuie dovedită cu ocazia cercetării judecătorești, prin orice mijloc de probă [face excepție fapta delințită la alin. (1) lit. d) a art. 169 din Codul insolvenței care, în ipoteza nepredării actelor contabile instituie o prezumție legală relativă în ceea ce privește existența vinovăției].

În determinarea existenței vinovăției sub forma intenției, nu este suficientă existența unor suspiciuni, a unor bănuieli. Hotărârea judecătorului-sindic va trebui să se sprijine și să sancționeze faptele ce au fost comise cu intenția vădită de a frauda interesele creditorilor, orice dubiu cu privire la acest aspect urmând să fie interpretat în beneficiul părților¹.

În sistemul anglosaxon, la nivel jurisprudențial a fost reglementat testul vinovăției intitulat „*clouds and sunshine*” (norii și raza de soare) sau altfel spus „*every cloud has a silver lining*” (să privești partea plină a paharului)². În acest sens, contractarea de noi obligații de către directorii societății cu convingerea reală că problemele financiare cu care se confruntă societatea vor dispărea, lăsând locul unei conjuncturi economice favorabile, nu va putea fi sancționată pe calea acțiunii în atragerea răspunderii, întrucât lipsește elementul volitiv intențional, care este de esența acestei acțiuni.

Cu alte cuvinte, chiar dacă acțiunile întreprinse de persoanele responsabile au cauzat prejudicii creditorilor, caracterizate prin insuficiența activului, dacă factorul volitiv care i-a animat pe administratorii societății (de drept sau de fapt) în continuarea activității nu se încadrează în definiția intenției reglementate de art. 16 alin. (2) C.civ., acțiunea de atragere a răspunderii va trebui

¹ *Manifest Shipping Co Ltd vs. Uni-Polaris Shipping Co Ltd*, 2003 A.C. 469, în R. Goode, op. cit., p. 660.

² *Re White & Osmond Ltd*, 1960, citată în R. v Grantham 1984 2 All E.R. 166, în R. Goode, op. cit., p. 660.

respinsă ca neîntemeiată, lipsind una dintre condițiile esențiale ale atragerii răspunderii, și anume vinovăția¹. În dreptul anglosaxon, în materie de răspundere pentru pagubele pricinuite societății, s-a cristalizat principiul *business judgement rule*, potrivit căruia administratorii, directorii, managerii sau orice alte persoane nu pot fi făcute responsabile pentru pierderile înregistrate de companii, atunci când sunt probe suficiente ce demonstrează că tranzacțiile au fost efectuate cu bună-credință².

Secțiunea a 5-a. Aspecte procedurale

Procedura de judecată a cererii de atragere a răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență se derulează în fața judecătorului-sindic, acesta fiind singurul competent din punct de vedere funcțional să soluționeze acțiunea.

Potrivit prevederilor art. 169 alin. (3) din Codul insolvenței, acțiunea în atragerea răspunderii se judecă separat prin crearea unui dosar asociat. Cu toate acestea, procedura insolvenței nu va putea fi închisă înainte de soluționarea acțiunii în atragerea răspunderii³.

¹ În practica judiciară s-a decis că, în situația în care ajungerea societății în insolvență s-a datorat unor factori de natură obiectivă, precum obținerea unei producții medii foarte scăzute, determinată de lipsa precipitațiilor, lipsa amenajărilor pentru irigații, dotarea tehnică învechită a societății și calitatea slabă a solului, nu poate fi antrenată răspunderea patrimonială, nefiind probată existența vinovăției – C.A. București, Secția a VI-a comercială, decizia nr. 726/R/2006, apud St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 453.

² (<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>)

³ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 828.

§1. Verificarea cererii și fixarea primului termen de judecată

Procedura de stabilire a primului termen de judecată a cererilor de atragere a răspunderii este reglementată de art. 41 alin. (4) teza I din Codul insolvenței. Textul în cauză vizează, cu titlul general, toate cererile, contestațiile, acțiunile ce cad în competența judecătorului-sindic, mai puțin cererile de deschidere a procedurii de insolvență ori alte cazuri în care legea prevede termene speciale.

Art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței mai conține o limitare a sferei sale de reglementare, impunând aplicarea acestor prevederi exclusiv în privința cererilor și acțiunilor reglementate de capitolul în cuprinsul căruia se regăsește – anume în Capitolul I din Titlul II intitulat Procedura insolvenței. Se poate înțelege astfel că în privința insolvenței grupului de societăți (Capitolul II), a instituțiilor de credit (Capitolul III), respectiv în privința insolvenței societăților de asigurare/reasigurare, prevederile art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței, ce derogă de la regimul juridic general de acordare a primului termen (art. 200-201 C.proc.civ.), nu vor fi aplicabile. Nu aceasta a fost însă voința legiuitorului întrucât prevederile art. 183, art. 204, respectiv art. 242 din Codul insolvenței stabilesc în mod univoc faptul că prevederile Capitolului I din Titlul II se vor aplica în mod corespunzător, printre aceste prevederi regăsindu-se și cele de la art. 41 alin. (4) din Codul insolvenței.

1.1. Procedura de verificare a cererii de chemare în judecată

Prevederile Codului insolvenței nu conțin dispoziții derogatorii de la procedura de verificare instituită de art. 200 C.proc.civ. Prin urmare, judecătorul-sindic, primind cererea de atragere a răspunderii va fi dator să verifice îndeplinirea condițiilor de formă impuse de art. 194-197 C.proc.civ. În cazul în care cererea nu respectă aceste cerințe, judecătorul-sindic va pune în vedere complinirea

lipsurilor, în termen de 10 zile de la primirea adresei, sub sancțiunea anulării cererii de chemare în judecată.

1.2. Fixarea primului termen de judecată

Fixarea termenului se să va realiza prin aplicarea dispozițiilor art. 201 C.proc.civ., cu mențiunea că termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 15 zile de la comunicare [judecătorul-sindic este în drept să micșoreze acest termen potrivit dispozițiilor art. 201 alin. (5) C.proc.civ.], iar răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu.

Judecătorul-sindic fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 5 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției.

§2. Procedura de citare și de comunicare a actelor de procedură

Participanții la procedura insolvenței vor fi citați prin aplicarea prevederilor art. 42 alin. (1) din Codul insolvenței, anume prin publicarea actelor de procedură în Buletinul procedurilor de insolvență, excepție făcând-o persoanele care au domiciliul în străinătate.

Persoanele împotriva cărora se formulează cererea de atragere a răspunderii, întrucât au fost străine de procedura insolvenței, vor fi citate în acord cu prevederile art. 42 alin. (3) din Codul insolvenței. Astfel, prima citare și comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se introduce acțiunea, se vor realiza atât potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, cât și prin BPI. Citarea potrivit Codului de procedură civilă se va realiza indiferent dacă persoana împotriva căreia se introduce acțiunea în atragerea răspunderii este sau nu participant la procedura insolvenței (creditor, administrator special).

Ulterior acestui prim moment, citarea și comunicarea actelor de procedură se va realiza exclusiv prin BPI.

§3. Probele

Sub aspect probator, Codul insolvenței nu conține prevederi derogatorii de la Codul de procedură civilă, prevederile art. 249-388 C.proc.civ. urmând a se aplica în consecință și fără nicio limitare. Ca regulă, cele mai uzitate mijloace de probă sunt expertiza¹ și interogatoriul.

Față de regimul special al acțiunii în atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență, în ceea ce privește **vechimea probelor** propuse în sprijinul cererii de chemare în judecată, aceasta va fi limitată la cei trei ani anterior deschiderii procedurii insolvenței. În consecință, dacă actele analizate cu titlu de probe și care au stat la baza antrenării răspunderii administratorului social sunt încheiate înaintea perioadei de 3 ani anteriori deschiderii procedurii, deci anterior perioadei suspecte, și în afara termenului prevăzut de lege pentru care se instituie obligația pentru administratorul judiciar/lichidator de examinare a situației debitorului aflat în procedura de executare silită concursuală, angajarea răspunderii administratorilor în temeiul acestor înscrisuri nu este posibilă².

Raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au contribuit la apariția insolvenței debitorului, este de o capitală importanță pentru acțiunea în răspundere, cel puțin sub aspectul probatorului³. Acesta reprezintă punctul de vedere al unui specialist în insolvență și va naște o *presumpție simplă*, judecătorească (art. 329 C.proc.civ.), în sensul că cele constatate de către profesionistul în insolvență corespund realității. Bineînțeles că presumpția poate fi răsturnată prin orice mijloc de probă admis de

¹ Cel mai adesea este necesară administrarea unor expertize de gestiune, expertize de evaluare sau expertize contabile, prin care să se facă dovada faptelor ilicite și a legăturii de cauzalitate cu starea de insolvență, precum și proba prejudiciului pricinuit prin săvârșirea faptelor respective – L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 831.

² C.A. Craiova, decizia nr. 166/14.02.2007, în Insolvența 3.

³ Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 746.

lege¹. În lipsa administrării unor probe care să contrazică cele reținute prin raportul causal, judecătorul-sindic va putea pronunța o hotărâre de atragere a răspunderii exclusiv în baza celor reținute în raport².

Lipsa raportului sau neindicarea persoanelor culpabile pentru cauzarea insolvenței debitoare nu trebuie interpretată, în sine, drept o probă în sprijinul respingerii acțiunii în atragerea răspunderii. Lipsa de diligență a administratorului judiciar/lichidatorului, respectiv necunoașterea unor împrejurări din care să rezulte răspunderea pentru cauzarea insolvenței nu trebuie să-i împiedice pe creditorii să facă uz de toate mijloacele procedurale pe care Legea nr. 85/2014 le-a pus la dispoziție pentru recuperarea creanțelor.

În schimb, descrierea generică a faptei prin reiterarea conținutului textului de lege care înregistrează această răspundere în motivarea cererii de chemare în judecată, dublată de lipsa dovezilor care să permită instanței de fond individualizarea faptelor și a conținutului lor obiectiv nu acoperă cerința procesuală impusă reclamantului, iar în aceste condiții acțiunea promovată apare lipsită de suportul temeiniciei³.

§4. Măsurile asigurătorii

Odată cu depunerea cererii de atragere a răspunderii sau ulterior acestui moment, pe tot parcursul judecății, în temeiul art. 172 din Codul insolvenței administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar

¹ C.A. Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2696/11.12.2012 (www.legalis.ro).

² În sens contrar, a se vedea *L. Bercea*, în *R. Bufan (coord.)*, op. cit., p. 831. Potrivit autorului, raportul causal nu are valoare probatorie autonomă, nereprezentând decât un act prin care practicianul în insolvență face anumite constatări al căror rol este de a aduce la cunoștința creditorilor o anumită stare de fapt. În același sens se arată că în măsura în care se formulează o acțiune în atragerea răspunderii, cauzele care au dus la apariția stării de insolvență trebuie dovedite distinct și exhaustiv.

³ *M. Pivniceru, C.A. Susanu, M. Susanu*, op. cit., p. 353.

ori, după caz, comitetul creditorilor poate solicita judecătorului-sindic instituirea unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor din averea persoanelor față de care a fost demarată acțiunea în atragerea răspunderii. Prevederile legale indică printre persoanele care pot solicita instituirea de măsuri asigurătorii exclusiv pe administratorul judiciar/lichidator și comitetul creditorilor, fiind astfel omis celalalt titular al acțiunii, anume creditorul ce deține o creanță de peste 50% din masa credală. Această omisiune nu-l poate împiedica însă pe creditorul care deține o creanță de peste 50% din masa credală să exercite o astfel de acțiune, întrucât, ca regulă generală, măsurile asigurătorii pot fi cerute de cei care au declanșat sau declanșează o procedură de recuperare a unei creanțe, de unde concluzia că titularul acțiunii este și titularul dreptului de a cere măsuri asigurătorii¹. Totodată, considerăm că titularii acțiunii în atragerea răspunderii ar fi avut oricum la îndemână procedura de drept comun în materie de măsuri asigurătorii, reglementată de art. 952-977 C.proc.civ.

Mai trebuie remarcat faptul că titularul cererii va trebui să depună o cauciune în cuantum de 10% din suma solicitată în cadrul acțiunii în atragerea răspunderii. Menținerea acestei condiții de admisibilitate a măsurilor asigurătorii și în ceea ce-l privește pe administratorul judiciar/lichidator va face ca în practică acesta să nu aibă în mod efectiv acces la instituția măsurilor asigurătorii deoarece în majoritatea covârșitoare a situațiilor, debitoarea nu dispune de fonduri din care să poată fi achitată această cauciune. Singura soluție în ipoteza în care debitorul nu dispune de resursele necesare achitării cauciunii este ca toți sau o parte a creditorilor cărora urmează să le profite angajarea răspunderii să avanseze cauciunea². În ipoteza în care printre creditori este Statul, acesta nu va beneficia de scutirea de la plata cauciunii, în temeiul art. 7 din O.G. nr. 22/2002, reglementarea în cauză vizând exclusiv ipoteza suspendării executărilor silite demarate împotriva instituțiilor publice.

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 420.

² L. Bercea, în *R. Bușan (coord.)*, op. cit., p. 832.

§5. Punerca în executare a hotărârii

Sediul materiei punerii în executare a hotărârii de atragere a răspunderii persoanelor care au contribuit la intrarea debitorului în procedura insolvenței este reprezentat de textul art. 173 din Codul insolvenței.

Persoanele împotriva cărora s-a pronunțat o astfel de hotărâre sunt într-o poziție extrem de defavorabilă, față de prevederile de drept comun întrucât hotărârea judecătorului-sindic este executorie, fiind inadmisibilă formularea unei cereri de suspendare a caracterului executoriu al sentinței pronunțate de judecătorul-sindic. Suntem practic în fața unei norme speciale [art. 43 alin. (4) și (5) din Codul insolvenței], ce derogă de la regimul juridic general reglementat de art. 450 C.proc.civ. care permite formularea unei cereri de suspendare a executării provizorii de care beneficiază hotărârile din primă instanță.

Administratorul judiciar/lichidatorul, respectiv administratorul special (în ipoteza în care cerea a fost formulată în baza planului de reorganizare, iar debitoarea și-a păstrat dreptul de administrare) vor apela la prevederile de drept comun în materie de executare silită, prin investirea executorului judecătoresc competent cu o cerere de executare silită. Sumele intră în averea debitorului și sunt destinate, în caz de reorganizare plății creanțelor potrivit programului de plăți sau completării fondurilor necesare continuării activității debitorului, iar în caz de faliment, acoperirii pasivului urmând a fi distribuite creditorilor. Administratorul judiciar/lichidatorul nu este obligat să pună în executare hotărârea prin care a fost atrasă răspunderea pentru cauzarea insolvenței¹, el având posibilitatea să solicite închiderea procedurii, ulterior acestui moment creditorii fiind în drept a-și materializa singuri creanțele astfel rezultate.

¹ N. Tândăreanu, Obligația sau facultatea lichidatorului de a pune în executare hotărârea de antrenare a răspunderii administratorilor debitorului în faliment, în R.D.C. nr. 2/2010, p. 56-62; L.O. Iancu, Răspunderea civilă pentru apariția stării de insolvență, vol. II, Ed. Eurostampa, București, 2013, p. 167.

În ipoteza în care punerea în executare a hotărârii de atragere a răspunderii are loc ulterior momentului închiderii procedurii insolvenței, sumele rezultate din executarea silită vor fi repartizate direct creditorilor de către executorul judecătoresc potrivit prevederilor art. 161 din Codul insolvenței, în temeiul tabelului definitiv consolidat de creanțe pus la dispoziția sa de către lichidatorul judiciar. Textul art. 173 alin. (2) din Codul insolvenței nu stabilește modalitate în care executorul judecătoresc poate fi sesizat cu cererea de executare a hotărârii de atragere a răspunderii în ipoteza în care procedura insolvenței a fost închisă. Întrucât nu se mai pune problema existenței unei proceduri colective, fiecare creditor va fi îndreptățit să solicite punerea în executare a hotărârii de atragere a răspunderii. Mai trebuie notat faptul că, deși odată cu închiderea procedurii insolvenței practicianul în insolvență este desesizat, nemaiavând nicio obligație față de creditorii, textul art. 173 alin. (2) din Codul insolvenței menține o obligație suplimentară în sarcina sa, anume de a furniza executorului judecătoresc o copie a tabelului definitiv consolidat de creanțe al fostei debitoare¹.

¹ Legea insolvenței nu instituie obligația, dar nici posibilitatea ca judecătorul-sindic să desemneze executorul judecătoresc care să execute silit bunurile aflate în patrimoniul persoanelor a căror răspundere personală, prevăzută de alin. (1) al art. 138, a fost instituită pentru acoperirea datoriilor societății pe care au condus-o, instanța neavând nici posibilitatea legală de a stabili prin hotărârea de închidere a procedurii modalitatea de punere în executare a hotărârii de atragere a răspunderii. Potrivit prevederilor art. 142, executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 138 se efectuează de către executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă, după închiderea procedurii insolvenței sumele rezultate din executarea silită urmând să fie repartizate de către executorul judecătoresc, în conformitate cu prevederile Legii nr. 85/2006, în temeiul tabelului definitiv consolidat de creanțe pus la dispoziția sa de către lichidator, din formularea textului art. 142 alin. (2) rezultând că punerea la dispoziția executorului judecătoresc a tabelului definitiv consolidat după închiderea procedurii este o obligație legală a lichidatorului și nu o facultate, această obligație a practicianului nereprezentând altceva decât o măsură cu caracter administrativ menită să asigure încheierea etapei privind efectuarea plății datoriilor – C.A.

Textul art. 173 din Codul insolvenței nu conține prevederi privitoare la modalitatea de punere în executare a creanțelor rezultate din hotărârea de atragere a răspunderii în ipoteza în care în tabelul creditorilor figurează și creditorii bugetari. În schimb Codul de procedură fiscală, prin prevederile art. 136 alin. (6) a stabilit că în cazul în care, potrivit legii, s-a dispus atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere, în conformitate cu dispozițiile Capitolului IV din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, și pentru creanțe fiscale, prin derogare de la prevederile art. 142 din Legea nr. 85/2006, executarea silită se efectuează de organul de executare în condițiile prezentului cod. Acest text de lege a fost, în mod implicit modificat odată cu adoptarea Legii nr. 85/2014, trimiterea la vechea Lege nr. 85/2006 urmând a fi interpretată ca vizând noul text al art. 169 din Codul insolvenței.

Astfel, în ipoteza în care printre creditorii debitorului se află și creditorii bugetari, aceștia vor putea pune în executare hotărârea de atragere a răspunderii prin intermediul organelor proprii de executare¹. Această interpretare a fost confirmată și prin Decizia nr. 6/2012 a I.C.C.J. în Recursul în interesul legii². Considerăm că această concluzie își găsește aplicabilitatea exclusiv în ipoteza punerii în executare a hotărârii ulterior momentului închiderii procedurii insolvenței, în caz contrar lichidatorul fiind cel care ar urma să ceară punerea în executare a hotărârii de atragere a

Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 150/19.02.2008, în B.C.A. nr. 2/2008, p. 31 (www.legalis.ro).

¹ În sens contrar, a se vedea *L. Bercea*, în *R. Bufan (coord.)*, op. cit., p. 833. Tot în sens contrar, dar într-o opinie emisă anterior intervenirii Deciziei nr. 6/2012 a I.C.C.J., a se vedea *A. Buta, F. Moșiu*, Discuții în legătură cu normele legale aplicabile la executarea hotărârii de antrenare a răspunderii în baza art. 138 din Legea insolvenței în situația existenței creanțelor fiscale, în R.D.C. nr. 6/2010, p. 63.

² I.C.C.J., Completul competent să judece recursul în interesul legii, publicată în M.Of. nr. 411 din 20 iunie 2012; *C. Jora*, Câteva considerații cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare, raportat la prevederile art. 136 alin. (6) din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, în R.D.C. nr. 4/2013, p. 23.

răspunderii, tot el fiind cel care ar urma să distribuie către creditori sumele astfel rezultate.

Persoana făcută responsabilă pentru contribuirea la apariția stării de insolvență nu poate invoca compensarea cu creanțele pe care le deține în contra debitorului¹, după cum nu poate pretinde a-i fi distribuite sume, în cazul în care are și calitatea de creditor al debitoarei². În acest sens sunt prevederile art. 1380 C.civ. potrivit cărora nu există obligație de reparare a prejudiciului, atunci când acesta este cauzat exclusiv de fapta victimei înseși. În cazul de față, persoana făcută responsabilă pentru apariția stării de insolvență, ce are și calitatea de creditor, nu va putea pretinde repararea prejudiciului cauzat de sine.

Procedura punerii în executare a hotărârii prin care a fost atrasă răspunderea nu exclude posibilitatea formulării, de către persoana interesată, a unei contestații la executare. Bineînțeles că o astfel de contestație va putea viza exclusiv formalitățile de punere în executare, iar nu însuși titlul.

§6. Incidente procedurale în legătură cu acțiunea în atragerea răspunderii

Incidentele procedurale ce pot interveni pe parcursul judecării cererii de atragere a răspunderii patrimoniale vizează: calitatea procesuală (activă sau pasivă), prescripția extinctivă a acțiunii, inadmisibilitatea și suspendarea.

6.1. Calitatea procesual-activă

Conform celor menționate în §2, 2.1, reclamanți în acțiunea în atragerea răspunderii pot fi lichidatorul/administratorul judiciar, președintele comitetului creditorilor sau orice alt creditor abilitat de adunarea creditorilor sau creditorul care deține peste 50% din

¹ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Paris, 2009, p. 530.

² Ibidem.

masa credală. Cu toate acestea, pentru a avea calitate procesual-activă, aceste persoane trebuie să îndeplinească și alte condiții impuse de Codul insolvenței.

Prima și cea mai importantă condiție pentru exercitarea acțiunii în răspundere este existența unei proceduri de insolvență. **Închiderea procedurii** înainte de formularea cererii de atragere a răspunderii persoanelor vinovate de apariția stării de insolvență sau pe parcursul judecării acestei acțiuni are ca efect *pierderea calității procesual active* a celor trei categorii de titulari ai acțiunii, deoa-rece, prin închiderea procedurii insolvenței, toate aceste persoane își pierd calitatea de administrator judiciar/lichidator, de creditor/președinte al comitetului creditorilor, respectiv de creditor. După cum s-a afirmat în doctrină¹, de îndată ce s-a închis procedura insolvenței și a dispărut personalitatea juridică a debitorului, cu consecința extincției creanțelor contra fostului debitor, nu mai există victime ale prejudiciului și, în consecință, nici răspundere.

6.1.1. Administratorul judiciar/lichidatorul

Administratorul judiciar/lichidatorul trebuie să fie atent la momentul formulării cererii de atragere a răspunderii în legătură cu persoana pe care o indică în poziția de reclamant. În practică se întâlnesc des situații în care acțiunea este formulată de societatea debitoare „prin administratorul judiciar/lichidatorul”. În acest caz, reclamantul nu este administratorul judiciar/lichidatorul, ci societatea debitoare, singura calitate a practicianului în insolvență fiind aceea de reprezentant al falitului. Atribuția de conducere și reprezentare pe care o au administratorul judiciar și lichidatorul [art. 58 alin. (1) lit. f), respectiv art. 64 lit. b) din Codul insolvenței] este diferită de cea a formulării cererii de atragere a răspunderii [art. 58 alin. (1) lit. b), respectiv art. 64 lit. b) din Codul insolvenței].

Acțiunea trebuie introdusă de administratorul judiciar sau de lichidator în nume propriu, în calitatea pe care o are, de organ al procedurii insolvenței², iar nu de către debitoare. În caz contrar,

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 741.

² Idem, p. 732.

practicianul în insolvență va îndeplini doar atribuția de reprezentare a debitoarei făcând incidente prevederile art. 218 alin. (1) C.civ. care statuează că actele făcute de organele persoanei juridice sunt actele persoanei juridice înseși. În consecință, acțiunea formulată în acest mod va fi respinsă pentru lipsa calității procesual-active, deoarece Codul insolvenței nu-i oferă debitorului calitatea de reclamant în cererea de atragere a răspunderii, indiferent dacă reprezentantul său este administratorul judiciar/lichidatorul.

Administratorul judiciar/lichidatorul poate formula acțiunea în răspundere, justificând astfel calitatea procesual-activă, numai dacă în raportul întocmit în conformitate cu dispozițiile art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, privitor la cauzele și împrejurările care au condus la apariția stării de insolvență, acesta a indicat persoanele cărora le-ar fi imputabilă. Lipsa raportului privitor la cauzele apariției insolvenței sau depunerea sa după termenul de 40 de zile, are ca efect pierderea calității procesual active a administratorului judiciar/lichidatorului pentru formularea unei cereri de atragere a răspunderii persoanelor vinovate de apariția stării de insolvență. În ipoteza în care depunerea tardivă a raportului causal este justificată prin motive obiective, respectiv în ipoteza în care administratorul judiciar/lichidatorul identifică persoanele care au contribuit la apariția stării de insolvență ulterior momentului depunerii raportului causal, judecătorul-sindic va putea menține calitatea procesual-activă a administratorului judiciar/lichidatorului, în funcție de motivele invocate de acesta.

6.1.2. Președintele comitetului creditorilor sau alt creditor numit de adunarea creditorilor, ori creditorul care deține peste 50% din masa credală

Aceste persoane dobândesc calitate procesual-activă numai în acele situații în care administratorul judiciar/lichidatorul nu dorește sau nu poate introduce acțiunea în răspundere¹. Prin urmare, pentru

¹ Într-o opinie, s-a reținut că sancțiunea prematurității (iar nu a lipsei calității procesual-active, *n.n.*) poate fi aplicată în cazul formulării cererii de către președintele comitetului creditorilor sau de către creditorul

dobândirea acestei calități, este necesar ca lichidatorul, prin raportul reglementat de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței să nu fi indicat persoanele ce sunt responsabile pentru apariția stării de insolvență sau, deși le-a indicat, a hotărât că nu este cazul să introducă o astfel de acțiune. Această hotărâre trebuie să fie expresă și consemnată într-unul dintre rapoartele de activitate depuse la dosarul de insolvență de către practicianul în insolvență. La aceste două ipoteze trebuie adăugată și cea în care există o amenințare a prescrierii dreptului la acțiune cauzată de inacțiunea administratorului judiciar/lichidatorului, dublată totodată și de neexprimarea refuzului de a formula acțiunea în atragerea răspunderii¹.

Odată depășit acest impediment, acești titulari ai acțiunii în răspundere își pot dovedi calitatea procesual-activă numai după obținerea acordului adunării creditorilor, excepție făcând creditorul ce deține peste 50% din masa credală, care este scutit de obținerea acestui acord.

În afara celor 3 categorii de titulari ai acțiunii în atragerea răspunderii, niciun al participant la procedura insolvenței nu mai este în drept să formuleze o astfel de acțiune², respectiv să o continue în cale de atac, în ipoteza în care titularul nu a formulat calea de atac³.

În ceea ce privește **calitatea procesual activă de a formula calea de atac**, regula generală este cea exprimată în Codul de

desemnat de adunarea creditorilor ori de creditorul majoritar, fără a fi îndeplinită condiția întocmirii raportului asupra cauzelor insolvenței în care administratorul judiciar să nu indice persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului sau să menționeze decizia de a nu introduce acțiunea – *L. Bercea*, în *R. Bufan (coord.)*, op. cit., p. 831.

¹ *I. Turcu*, *Tratat de insolvență*, op. cit., p. 531.

² C.A. Oradea, decizia nr. 226/C/2008 cu notă de *S. Angheni*, în *C.J.* nr. 12/2008, p. 13-14.

³ C.A. București, Secția a V-a comercială, decizia nr. 1546/2007, în *P.R.* nr. 2/2008, p. 197-198. Curtea a reținut că cererea s-a soluționat între lichidatorul judiciar și pârâta CA, aceste părți putând formula recurs. AVAS în calitate de creditor al societății nu are calitate procesual-activă de a declara recurs.

procedură civilă (art. 458), și anume numai de părțile aflate în proces care justifică un interes. În privința acestui tip de acțiune avem însă prevederi derogatorii de la regula de drept comun, ce permit în anumite situații, formularea căii de atac a apelului de alte persoane decât cele care au avut calitatea de parte în fața primei instanțe.

În acest sens indicăm prevederile art. 169 alin. (7) din Codul insolvenței, potrivit cărora, adunarea creditorilor sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor – chiar dacă nu au fost titularii acțiunii – vor putea decide că se impune introducerea apelului, dacă administratorul judiciar/lichidatorul judiciar (titular al acțiunii) nu intenționează să formuleze apel împotriva hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic.

În vederea acordării acestei posibilități, adunarea creditorilor sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor, administratorul judiciar/lichidatorul este obligat să notifice în timp util în acest sens comitetul creditorilor sau, în cazul în care nu a fost desemnat un comitet al creditorilor, adunarea creditorilor. În cazul în care adunarea creditorilor sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea apelului, acesta va fi introdus de către președintele comitetului creditorilor sau de către creditorul majoritar, după caz.

Ipoieza reglementată la art. 169 alin. (7) din Codul insolvenței este aplicabilă exclusiv în ipoteza în care administratorul judiciar/lichidatorul este cel care a formulat acțiunea în atragerea răspunderii. Parcurgerea acestei proceduri nu va fi necesară dacă titularii acțiunii sunt creditorul majoritar, respectiv președintele comitetului creditorilor¹.

¹ În sens contrar, în aplicarea vechiului text art. 138 din Legea nr. 85/2006, jurisprudența, în mod izolat, a apreciat că indiferent de titularul acțiunii, calea de atac exercitată împotriva hotărârii judecătorești-sindic trebuia exercitată de către administratorul judiciar/lichidator, voluntar sau prin parcurgerea procedurii impuse de alin. (6) [actualmente alin. (7) al art. 169 din Codul insolvenței] – C.A. Timișoara, Secția a II-a civilă, decizia nr. 927/23.05.2013, în B.C.A. nr. 8-9/2013, p. 20.

6.2. Calitatea procesual-pasivă

În vederea respectării acestei condiții de exercitare a acțiunii civile, cererea de atragere a răspunderii trebuie să fie formulată în contradictoriu cu persoanele indicate în alin. (1) al art. 169 din Codul insolvenței¹: a) membrii organelor de conducere/membrii organelor de supraveghere; b) orice altă persoană care a contribuit la starea de insolvență a debitorului.

Soluționarea acestui incident procedural impune analiza fondului cauzei, drept pentru care în majoritatea cazurilor instanța va uni această excepție cu fondul cauzei. În schimb, pot fi identificate două ipoteze în care această excepție va putea fi soluționată pe cale separată. În primul rând, este vorba despre acele cereri de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere colegială ale debitoarei, în situația în care unul sau o parte dintre membrii acestor organe nu au votat sau au votat împotriva măsurilor care au cauzat insolvența. Alin. (5) teza a II-a a art. 169 din Codul insolvenței statuează că persoanele în cauză se pot apăra de solidaritate dacă s-au opus la actele ori faptele care au cauzat insolvența sau au lipsit de la luarea deciziilor care au cauzat insolvența și au făcut să se consemneze, ulterior luării deciziei, opoziția lor la aceste decizii.

Cea de-a doua ipoteză se referă la acele situații în care lichidatorul a pornit acțiunea în atragerea răspunderii față de alte persoane decât cele pe care le-a identificat în raportul întocmit potrivit art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței. În aceste situații, acțiunea va fi respinsă pentru lipsa calității procesual-pasive, întrucât, în situația dată, raportul juridic procesual poate avea ca subiecți, pe lângă administratorul judiciar/lichidator, doar pe acele persoane identificate în raportul causal.

6.3. Prescripția extinctivă

Conform art. 170 din Codul insolvenței, acțiunea prevăzută la art. 169 din aceeași lege se prescrie în termen de 3 ani, stabilind

¹ *Infra*, Capitolul II. Garanțiile în procedura insolvenței, p. 80.

momentul începerii curgerii sale de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență¹, dar nu mai târziu de 2 ani de la data pronunțării deschiderii procedurii și în niciun caz mai devreme de deschiderea procedurii². Prin urmare, legea indică două momente de la care poate începe curgerea termenului de prescripție. *Unul subiectiv*, determinat de momentul de la care titularii acțiunii au cunoscut persoana/persoanele responsabile, iar *altul obiectiv*, determinat de trecerea unui termen de doi ani de la data deschiderii procedurii insolvenței.

Dacă în privința termenului obiectiv (2 ani de la deschiderea procedurii) nu sunt necesare discuții, termenul subiectiv de la care începe să curgă termenul de prescripție comportă anumite discuții. Acest punct temporal poate fi demonstrat cu orice mijloace de probă, dar principalul instrument în determinare momentului de la care titularii acțiunii au cunoscut care sunt persoanele responsabile pentru apariția stării de insolvență rămâne raportul întocmit în conformitate cu prevederile art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, fie că a fost sau nu depus în termenul de 40 de zile. Dacă acest raport identifică vinovații și se cunoaște deja prejudiciul, atunci prescripția poate să înceapă să curgă. Dacă însă raportul nu identifică deloc sau nu identifică în mod clar persoanele vinovate, atunci prescripția începe să curgă de la data la care trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență³.

Regimul juridic al instituției prescripției dreptului de a solicita atragerea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență nu este diferit de cel general, invocarea acestui incident

¹ În doctrină s-a apreciat, pe bună dreptate, că aceste prevederi reprezintă o aplicație particulară a textului art. 2528 alin. (1) C.civ. „prescripția dreptului la acțiune în repararea unei pagube care a fost cauzată printr-o faptă ilicită începe să curgă de la data când păgubitul a cunoscut sau trebuia să cunoască atât paguba, cât și pe cel care răspunde de ea” – St.D. Cărpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 466.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 747.

³ Idem, p. 748.

urmând a se face în condițiile art. 2513 C.civ. – prescripția poate fi opusă numai în primă instanță, prin întâmpinare sau, în lipsa invocării, cel mai târziu la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate. Sancțiunea pentru formularea acțiunii după împlinirea termenului de prescripție nu va fi tardivitatea¹, ci respingerea acțiunii ca fiind prescrisă.

6.4. Inadmisibilitatea cererii de atragere a răspunderii

Datorită forței sale distructive asupra dreptului constituțional al liberului acces la o instanță de judecată, această excepție poate fi incidentă numai în acele situații pentru care Legea impune în mod expres și imperativ îndeplinirea anumitor condiții pentru exercitarea acțiunii civile.

Angajarea răspunderii prin mecanismul reglementat de art. 169 din Codul insolvenței este, de regulă, o procedură colectivă (face excepție creditorul ce deține peste 50% din masa credală), creată doar pentru scopurile insolvenței (art. 2 din Codul insolvenței). **Închiderea procedurii** înainte sau în timpul judecării cererii în răspundere stinge această acțiune, pentru că o lipsește de prima și cea mai importantă premisă a acesteia². Sancțiunea este inadmisibilitatea, iar nu prematuritatea, respectiv tardivitatea³ și intervine odată ce s-a dispus închiderea procedurii insolvenței, indiferent dacă termenul de prescripție nu s-a îndeplinit⁴.

Astfel, condiția esențială pe care titularii acțiunii trebuie să o îndeplinească pentru formularea acțiunii în atragerea răspunderii este ca, la momentul depunerii și pe tot parcursul judecății, inclusiv

¹ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 831.

² Gh. Piperea, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 431.

³ St.D. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, Codul insolvenței comentat, op. cit., p. 508 – Autorii apreciază că cererea de atragere a răspunderii formulată după închiderea procedurii va trebui respinsă ca tardivă. Chiar dacă ar fi să fie ratificat acest raționament, sancțiunea ar trebui să fie nulitatea absolută a cererii, prin raportare la prevederile art. 185 C.proc.civ. potrivit cărora actul de procedură formulat în stare de decădere este lovit de nulitatea absolută.

⁴ L. Bercea, în R. Bușan (coord.), op. cit., p. 831.

în apel (în ipoteza în care în primă instanță cererea a fost respinsă), procedura insolvenței să fie deschisă. Lipsa acestei condiții atrage inadmisibilitatea acțiunii în atragerea răspunderii patrimoniale a persoanelor care se fac vinovate de apariția stării de insolvență¹.

Inadmisibilitatea acțiunii în cazul închiderii procedurii insolvenței este rezultatul dispariției organelor procedurii. Astfel, judecătorul-sindic, singurul competent să judece acest tip de acțiuni, este desesizat, mandatul lichidatorului încetează ca efect al hotărârii de închidere a procedurii insolvenței, iar creditorii își pierd această calitate. În acest sens s-a pronunțat și jurisprudența, care a stabilit că închiderea procedurii, prin efectele pe care le produce, se răsfrânge și asupra acțiunii în atragerea răspunderii patrimoniale și constituie un motiv de inadmisibilitate a acestei acțiuni².

Această condiție rezultă indirect, dar cu claritate și din prevederile art. 171 din Codul insolvenței care statuează că sumele rezultate din atragerea răspunderii vor intra în averea debitorului urmând a fi folosite pentru achitarea creanțelor conform programului de plăți din planul de reorganizare sau, în caz de faliment, pentru acoperirea pasivului. Prin urmare, sumele rezultate din atragerea răspunderii pot intra exclusiv în patrimoniul debitoarei, ceea ce face ca în cazul închiderii procedurii insolvenței, anterior pronunțării unei hotărâri judecătorești de atragere a răspunderii și, implicit, al radierii societății debitoare, acest lucru să devină imposibil, debitoarea încetându-și existența³.

Textul art. 173 alin. (2) din Codul insolvenței care stabilește faptul că după închiderea procedurii falimentului, sumele rezultate din executarea silită vor fi repartizate de către executorul

¹ C.A. Galați, Secția comercială, decizia nr. 199/2007 (www.legalis.ro).

² C.A. Galați, Secția comercială, decizia nr. 199/20.03.2007, în *M. Pivniceru, C.A. Susani, M. Susani*, op. cit., p. 365.

³ Închiderea procedurii insolvenței, care antrenează de cele mai multe ori și dispariția personalității juridice a debitorului, face imposibilă continuarea acțiunii în răspundere. Întrucât răspunderea organelor de conducere este o răspundere pentru altul, atunci prin închiderea procedurii această răspundere ar înceta chiar înainte de a fi fost angajată, în *Gh. Piperea*, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 420.

judecătorească potrivit prevederilor prezentului titlu, în temeiul tabelului definitiv consolidat, nu infirmă cele susținute anterior, deoarece vizează ipoteza existenței unei hotărâri de atragere a răspunderii, ceea ce înseamnă că cererea a fost soluționată. Prin urmare, faptul că executarea silită a hotărârii se poate realiza și în afara dosarului de insolvență nu poate avea impact asupra acestei condiții de admisibilitate a cereri de atragere a răspunderii.

Închiderea procedurii insolvenței nu este singurul incident ce poate determina respingerea ca inadmisibilă a cererii de atragere a răspunderii. Alături de situația premisă reprezentată de existența și actualitatea stării de insolvență¹, poate constitui temei al respingerii ca inadmisibilă a cererii de atragere a răspunderii și **dispariția insuficienței a activului**. Astfel, dacă până la judecarea cererii de angajare a răspunderii patrimoniale a administratorilor, creanțele creditorilor au fost achitate, acțiunea rămâne fără una dintre situațiile premisă, urmând a fi respinsă ca inadmisibilă². Bineînțeles că lipsa insuficienței activului ar putea determina inclusiv respingerea pe fond a cererii de atragere a răspunderii, pentru lipsa unui prejudiciu (condiție generală pentru existența unei răspunderi civile delictuale), însă considerăm că celeritatea cu care trebuie să se judece cererile în general și în special cele în materie de insolvență, impun o rezolvare cât mai rapidă a cauzei, când acest lucru este posibil.

Un alt motiv pe care se poate sprijini excepția de inadmisibilitate este cel legat de neindicarea în raportul privind cauzele insolvenței, de către administratorul judiciar/lichidator a unor persoane responsabile pentru contribuirea la apariția stării de insolvență. Astfel, în ipoteza în care în raportul causal se menționează faptul că nu sunt persoane cărora să le poată fi imputabilă apariția stării de insolvență, o eventuală acțiune în

¹ A se vedea *supra*, Secțiunea a 4-a. Condițiile atragerii răspunderii, §1. Situațiile premisă, p. 353.

² Trib. București, sentința comercială nr. 2871/07.11.2006, în Insolvența 3.

răspundere inițiată de către administratorul judiciar/lichidator ar trebui respinsă de instanță ca inadmisibilă¹.

6.5. Suspendarea

Instituția suspendării procesului, reglementată de art. 411 și urm. C.proc.civ. este, de regulă, incompatibilă cu procedura insolvenței. Cu toate acestea pot fi identificate două ipoteze în care procesul poate și trebuie suspendat.

În cazul decesului unuia dintre pârâți (art. 412 pct. 1 C.proc.civ.), judecata cererii de atragere a răspunderii va putea fi demarată împotriva moștenitorilor, întrucât acțiunea vizează repararea unui prejudiciu, neavând caracter personal². *A fortiori*, dacă decesul survine pe parcursul judecății, procesul poate continua cu moștenitorii³. În aceste condiții, confruntat cu decesul

¹ C. Antonache, notă critică la decizia nr. 1093/2009 a C.A. Ploiești, în C.J. nr. 11/2009, p. 616-617. Opinia autorului a avut în vedere textul fostului art. 138 din Legea nr. 85/2006 care conținea în chiar debutul art. 138 alin. (1) condiția indicării persoanelor culpabile. Această condiție nu se mai găsește în actualul alin. (1) al art. 169 din Codul insolvenței, însă din textul alin. (2) astfel cum am arătat mai sus, se poate desprinde exact aceeași condiție ca în textul de lege anterior. În plus, trebuie reținută o altă concluzie, a aceluiasi autor care indică în mod judicios faptul că lichidatorul judiciar este un funcționar public, întrucât este numit printr-o hotărâre judecătorească să îndeplinească un serviciu public. În aceste condiții, actele întocmite de acesta în cauză sunt acte oficiale, în exercițiul atribuțiilor de serviciu, fiind deci cu atât mai inadmisibil ca un asemenea act oficial să fie contrazis de însăși persoane care l-a întocmit, prin promovarea unei cereri de atragerea răspunderii.

² În mod subsidiar, conform art. 169 alin. (10) din Codul insolvenței, ca urmare a pronunțării unei hotărâri de admitere a acțiunii în atragere a răspunderii, persoanelor culpabile le este interzis și dreptul de a mai avea calitatea de administrator. În ipoteza în care hotărârea este pronunțată în contradictoriu cu moștenitorii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență, această „pedeapsă complementară” nu va mai putea fi aplicată, întrucât vizează persoana celui care a comis faptele.

³ Curtea de Casație franceză a reținut că – Com 21.06.2005 Bull civ. IV no 136, în A. Lienhard, *Procedures collectives*, op. cit., p. 548.

unuia dintre pârâți pe parcursul judecării cererii de atragere a răspunderii, judecătorul-sindic va fi dator să aplice prevederile art. 412 pct. 1 C.proc.civ., urmând a suspenda cauza până la introducerea în cauză a moștenitorilor, în afară de cazul în care partea interesată cere termen pentru introducerea în cauză a acestora¹.

Dacă s-a pornit urmărirea penală contra administratorilor pentru una sau mai multe fapte dintre cele prevăzute la art. 169 din Codul insolvenței, acțiunea în răspundere se poate suspenda în condițiile art. 413 alin. (1) pct. 2 C.proc.civ. pe toată perioada procesului penal. Cu toate acestea, titularii acțiunii în răspundere vor putea părăsi însă calea acțiunii civile în procesul penal, alegând calea mult mai rapidă a acțiunii în răspundere în procedura insolvenței².

O ipoteză extrem de interesantă a fost semnalată în practica judecătorească cu privire la concomitența unei acțiuni în atragerea răspunderii cu una în anularea actelor frauduloase. Împrejurarea că ulterior demarării acțiunii în atragerea răspunderii au fost formulate acțiuni în anularea actelor frauduloase, nu poate reprezenta un motiv în vederea suspendării cauzei în temeiul art. 413 pct. 1 C.proc.civ., întrucât acțiunea în răspundere reglementată de art. 169 din Codul insolvenței nu este condiționată de soluționarea acțiunii în anularea transferurilor patrimoniale, deoarece în cauza de față administratorul răspunde delictual de un fapt ilicit care nu

¹ În sens contrar, a se vedea decizia nr. 799/29.04.2011, C.A. Târgu Mureș, Secția comercială, în B.C.A. nr. 10/201, p. 25. În această opinie se arată că *nu* este posibilă angajarea răspunderii personale în raport cu faptele care cad sub incidența prevederilor art. 138 din Legea insolvenței, săvârșite de fostul administrator decedat înainte de pronunțarea unei sentințe irevocabile. Odată cu decesul unei persoane fizice încetează capacitatea de folosință și cea de exercițiu, iar față de natura judiciară a acestei răspunderi personale, nu se poate angaja răspunderea moștenitorilor. Doar în cazul decesului intervenit după angajarea răspunderii prin hotărâre judecătorească irevocabilă, este grevat pasivul succesoral, iar prejudiciul astfel contestat este suportat de moștenitorii defunctului.

² Gh. Piperea, Insolvența: legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 730.

are legătură cu celălalt dosar și care are în vedere o răspundere bazată pe fraudă din contract¹.

6.6. Soluționarea litigiului prin înțelegerea părților

Codul insolvenței nu cuprinde dispoziții prin care să se excludă posibilitatea finalizării proceselor de atragere a răspunderii prin înțelegerea părților. Înțelegerea părților printr-o tranzacție, achiesare sau renunțare la judecată se poate realiza în condițiile dreptului comun, dar cu o serie de derogări impuse de specificul procedurii insolvenței.

În primul rând trebuie observate prevederile art. 58 lit. m) și art. 64 lit. j) din Codul insolvenței, care imprimă o primă derogare de la prevederile de drept comun în materie de soluționare a litigiului prin înțelegerea părților, prin aceea că impun existența acordului judecătorului-sindic în vederea încheierii unei tranzacții de către administratorul judiciar/lichidator.

În plus, considerăm că în ipoteza în care titularul acțiunii este **administratorul judiciar/lichidatorul**, renunțarea la judecată, renunțarea la drept, respectiv încheierea unei tranzacții ce are ca efect stingerea acțiunii în atragerea răspunderii, va trebui supusă acordului masei credale².

În acest sens, administratorul va trebui să convoace adunare creditorilor, care se va pronunța asupra propunerii de tranzacție, respectiv asupra renunțării la judecată/la dreptul dedus judecății. Cvorumul necesar a fi întrunit va fi de 30% [art. 49 alin (1) din Codul insolvenței] din masa credală, calculul valorii masei credale urmând a fi calculat ținându-se seama de etapa în care se află procedura insolvenței, în acord cu criteriile enunțate de art. 49 alin. (2) din Codul insolvenței³. În ipoteza în care hotărârea

¹ C.A. Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2284/24.10.2012 (www.legalis.ro).

² S. Szabo, Particularități ale unor acte procesuale de dispoziție în acțiunea în acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, P.R. nr. 6/2006, p. 172.

³ Idem, p. 174.

adoptată de Adunarea Creditorilor este clară, lipsită de echivoc și neatacată, rolul judecătorul-sindic în a lua act de renunțare este mai degrabă formal, fiind dator a cerceta doar dacă nu se urmărește un scop potrivit legii sau bunelor moravuri¹. Dacă însă prin opoziția făcută, unul dintre participanții la procedura insolvenței, pe calea acțiunii în anularea hotărârii Adunării Creditorilor, reușește să-l determine pe judecătorul-sindic să dispună desființarea hotărârii prin care s-a convenit asupra renunțării la judecată/la drept, judecata cererii de atragere a răspunderii va trebui să continue.

În ipoteza în care cererea de atragere a răspunderii este formulată de către **președintele comitetului creditorilor**, în vederea stingerii litigiului prin acordul părților va fi necesară adoptarea unei hotărâri în acest sens de către comitetul creditorilor, cel care a avut de altfel inițiativa demarării procedurii de atragere a răspunderii.

În ceea ce privește situația în care titularul acțiunii este **creditorul majoritar**, întrucât Codul insolvenței îi conferă calitate procesual activă, stingerea litigiului prin acordul părților va putea opera exclusiv în baza acordului acestuia.

§7. Căile de atac

În privința căilor de atac puse la îndemâna părților pentru criticarea hotărârii pronunțate de judecătorul-sindic asupra cererii de atragere a răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, Codul insolvenței nu are prevederi derogatorii decât în privința termenului de apel, care nu este cel general, de 30 de zile, fiind redus la 7 zile, potrivit prevederilor art. 43 alin. (2) din Codul insolvenței.

Apelul se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, cu mențiunea că termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 10 zile de la comunicarea cererii și a motivelor de apel, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 3 zile de la

¹ Idem, p. 179.

data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției.

Prevederile referitoare la repartizarea dosarelor în apel se mențin [art. 43 alin. (6) din Codul insolvenței], în sensul că judecarea apelului împotriva hotărârii pronunțate în acțiunea în atragerea răspunderii se va face de către Completul de la Curtea de Apel care va soluționa toate apelurile privind aceeași procedură de insolvență, exercitate împotriva aceleiași hotărâri sau a hotărârilor succesive pronunțate de judecătorul-sindic în același dosar de insolvență.

Capitolul VII Închiderea procedurii

Secțiunea 1. Aspecte generale

Etapa închiderii insolvenței, deși reprezintă punctul final al procedurii, este extrem de importantă prin raportare la efectele pe care le produce. Închiderea procedurii reprezintă un proces cu un grad ridicat de dificultate, generat cel mai frecvent de contestațiile formulate de participanții la procedură, respectiv de căile de atac promovate împotriva hotărârilor judecătorului-sindic¹.

Punctul final al procedurii insolvenței este marcat de pronunțarea sentinței de închidere a procedurii. Odată finalizată procedura, toate efectele deschiderii procedurii încetează, atât judecătorul-sindic, cât și administratorul judiciar sau lichidatorul dezinvestindu-se de întreaga procedură a insolvenței față de debitorul respectiv, aceștia nemaiavănd niciuna dintre competențele și, respectiv, atribuțiile prevăzute de Codul insolvenței².

Închiderea procedurii insolvenței poate avea drept efect fie salvarea debitoarei și reintroducerea în circuitul economic a unui participant viabil și neîmpovărat de datorii, fie încetarea existenței debitorului ca efect al radierii sale, în ipoteza în care finalul procedurii nu este marcat de finalizarea cu succes a planului de reorganizare, respectiv procedura nu se încheie în perioada de observație potrivit prevederilor art. 178 din Codul insolvenței.

Întrucât obiect al prezentei cercetări o face recuperarea creanțelor prin procedura insolvenței, ne vom limita la a trata în cadrul prezentului capitol exclusiv efectele pe care închiderea

¹ P. Micu, A. Popa, R. Bufan (coord.), op. cit., p. 760.

² Gh. Piperea, Insolvența: Legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 700.

procedurii le are asupra creditorilor și mijloacele tehnico-juridice pe care acești participanți la procedură le au în această etapă finală a procedurii pentru a-și valorifica și apăra cât mai bine drepturile specifice procedurii.

În vederea participării la această ultimă etapă, creditorii trebuie să îndeplinească dezideratul impus de textul art. 3 pct. 19 din Codul insolvenței, anume de a avea o creanță înscrisă în tabelul de creanțe, ce nu a fost stinsă pe parcursul derulării procedurii. Creditorul care și-a recuperat integral creanța în procedură nu mai poate justifica nici calitatea de creditor participant la procedura insolvenței, dar niciun interes în promovarea căii de atac împotriva hotărârii de închidere a procedurii. Orice demers în justiție, indiferent de forma pe care o îmbracă sau de partea procesuală de la care provine, trebuie să fie util, să urmărească așadar un profit. În condițiile în care creditorul și-a recuperat în întregime creanța, nu mai poate fi vorba despre un interes în opunerea la închiderea procedurii¹.

Secțiunea a 2-a. Cazurile în care se poate dispune închiderea procedurii

Codul insolvenței reglementează șase ipoteze în care se poate dispune închiderea procedurii, în diferite momente ale procedurii, atât pe parcursul perioadei de observație, cât și pe parcursul reorganizării judiciare, respectiv în faza falimentului.

Cazurile în care se poate dispune închiderea procedurii sunt:

(i) **Lipsa de resurse** (art. 174 din Codul insolvenței), presupune existența unei insuficiențe a fondurilor, respectiv a activelor ce pot fi lichidate în vederea acoperirii cheltuielilor administrative ale procedurii. Această lipsă de resurse financiară pentru achitarea cheltuielilor de procedură trebuie să fie dublată de refuzul

¹ C.A. Craiova, Secția comercială, decizia nr. 83/27.01.2010, în B.C.A. nr. 2/2010, p. 22-23.

creditorilor de a avansa sumele corespunzătoare¹. Astfel, în opțiunea legiuitorului, dezideratele obiective ale degrevării fondului de lichidare și ale asanării circuitului comercial prevalează față de cele subiective invocate de către creditorul care nu ar înțelege să-și asume riscurile avansării sumelor necesare continuării procedurii². Închiderea procedurii insolvenței în acest caz are ca efect radierea debitoarei și implicit încetarea existenței sale.

Acest motiv de închidere a procedurii insolvenței trebuie aplicat restrictiv, exclusiv în acele ipoteze în care sunt îndeplinite ambele ipoteze dictate de textul legal. Astfel, nu va trebui închisă procedura insolvenței în ipoteza în care valoarea contabilă a bunului rămas în patrimoniul debitoarei este îndeustătoare atât pentru masa credală, cât și pentru acoperirea cheltuielilor de procedură, justificat doar pe argumentul că niciun creditor nu dorește să avanseze sumele de bani necesare achitării cheltuielilor de procedură³.

(ii) Executarea cu succes a planului de reorganizare [art. 175 alin. (1) din Codul insolvenței] este dezideratul oricărei proceduri de insolvență care își propune salvarea debitorului. Închiderea procedurii în acest caz are ca efect salvarea debitorului și continuarea activității astfel cum a fost reorganizată și restructurată prin planul de reorganizare. Cu unele excepții⁴, întreprinderea debitorului redevine o întreprindere sau un ansamblu de întreprinderi funcționale și rentabile, păstrându-se astfel personalitatea juridică a debitorului, prin atingerea scopului reorganizării, anume supraviețuirea debitorului⁵.

(iii) Terminarea lichidării și a tuturor distribuțiilor în caz de faliment [art. 175 alin. (2) din Codul insolvenței] reprezintă din

¹ Trib. Călărași, sentința comercială nr. 2981/2006, în Insolvența 3.

² C.A. Cluj, Secția a II-a civilă și de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 6460/07.09.2012, în B.C.A. nr. 1/2013, p. 36.

³ C.A. Oradea, Secția II-a civilă, decizia nr. 420/2013, în B.C.A. nr. 1/2014, p. 26.

⁴ În ipoteza în care prin reorganizare se propune cesiunea întreprinderii sau vânzarea activelor importante, în vederea achitării creanțelor, există posibilitatea ca debitorul să iasă din insolvență fără niciun activ.

⁵ Gh. Piperea, Insolvența: Legea, regulile, realitatea, op. cit., p. 701.

nefericire cel mai întâlnit caz de închidere a procedurii insolvenței. Acest caz presupune vânzarea tuturor activelor debitoarei și achitarea creanțelor din tabelul definitiv de creanțe, indiferent dacă debitoarea a trecut mai întâi printr-o perioadă de reorganizare ce a eșuat. Reducerile dispuse prin planul de reorganizare nu sunt definitive în ipoteza în care debitorul intră în faliment ca efect al nerespectării condițiilor de reorganizare. Prin urmare, în caz de trecere la faliment, vor trebui achitate toate creanțele astfel cum erau evidențiate în tabelul definitiv de creanțe anterior votării planului de reorganizare, plus creanțele curente acumulate în această perioadă. Închiderea procedurii insolvenței în acest caz are ca efect radierea debitoarei și, implicit, încetarea existenței sale.

(iv) **Acoperirea întregii mase credale, chiar înaintea finalizării lichidării** [art. 176 lit. a) din Codul insolvenței]. În această ipoteză, întrucât principalii actori ai procedurii insolvenței, anume creditorii, au fost îndestulați și pentru a respecta celeritatea cu care orice procedură de insolvență trebuie să se desfășoare, legiuitorul a preferat să reglementeze acest caz de închidere a procedurii insolvenței, chiar anterior lichidării întregului patrimoniu al debitoare, bunurile rămase trecând de drept în patrimoniul asociaților/acționarilor¹. Și în acest caz, închiderea procedurii insolvenței are ca efect radierea debitoarei și implicit încetarea existenței sale.

(v) **Neînregistrarea niciunei creanțe la masa credală, după deschiderea voluntară a procedurii** (art. 177 din Codul insolvenței), reprezintă o situație atipică și rar întâlnită în practică. Prevederile legale în acest caz sunt diferite față de celelalte ipoteze în care se dispune închiderea procedurii, întrucât judecătorul-sindic închizând procedura revocă implicit și hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței. Soluția este similară cu cea pronunțată de judecătorul-sindic în cazul admiterii opoziției creditorilor la cererea de deschidere a procedurii insolvenței [art. 71 alin. (2) teza finală din Codul insolvenței].

¹ S. Tîrnoveanu, A. Obancia, *Limitele legale ale lichidării în cadrul procedurii insolvenței, prin raportare la drepturile asociaților/acționarilor asupra averii debitorului falit*, în R.D.B.F. nr. 2-3/2007, p. 36.

(vi) Achitarea tuturor creanțelor în perioada de observație/renunțarea la judecată a creditorilor în perioada de observație reprezintă un caz nou de închidere a procedurii insolvenței. Acesta a fost introdus prin Codul insolvenței, neavând un corespondent în vechea Lege nr. 85/2006. În mod izolat, în jurisprudența generată de vechea reglementare au fost situații în care s-a dispus închiderea procedurii insolvenței în urma invocării acestor ipoteze, chiar și în lipsa unui text de lege care să reglementeze în mod expres această posibilitate¹.

Textul art. 178 din Codul insolvenței impune două modalități de închidere a procedurii. *Prima*, anume achitarea creanțelor în perioada de observație, apare la o primă vedere imposibil de pus în practică întrucât în perioada de observație este interzisă achitarea creanțelor înscrise în tabelul de creanțe, în acest sens fiind extrem de clare prevederile art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței care sancționează cu nulitatea de drept operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii, altele decât cheltuielile curente.

În aceste condiții se pune problema modalității în care debitorul poate ajunge în situația premisă dictată de textul art. 178 din Codul insolvenței, anume de a achita creanțele înscrise în tabelul definitiv, peste interdicția lipsită de echivoc² impusă de art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței.

Principiile generale de interpretare a actelor normative nu permit interpretarea unui text de lege astfel încât să nu își producă efectele, motiv pentru care lipsa de claritate și de univoc a textului legal trebuie corectată. În primul rând este necesară determinarea raportului normă generală – normă specială dintre aceste două texte de lege [art. 84 alin. (1) și art. 178 din Codul insolvenței].

¹ C.A. Timișoara, decizia nr. 600/2007, notă critică de C.B. Nasz, în R.D.C. nr. 5/2008, p. 18-29. Astfel, se considera că în aplicarea Legii nr. 85/2006, singura variantă prin care procedura putea fi închisă fără radierea debitoarei era cea prin intermediul căreia se ieșea din reorganizare cu succes. Renunțarea la judecata contestațiilor și achitarea creanțelor nefigurând printre motivele de închidere a procedurii insolvenței.

² A. Martin Stef, Interdiction des paiements. Domaine d'application, în RTD com. nr. 3/2011 p. 638-639

Norma conținută de art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței este o una generală, din punct de vedere sistematic ea aflându-se în cadrul secțiunii intitulată „*Deschiderea procedurii și efectele deschiderii procedurii*”. Pe de altă parte, textul art. 178 din Codul insolvenței, prin pronunțatul său caracter de excepție conține în mod firesc norme speciale în raport cu regimul general al plăților din perioada de observație. În aceste condiții, aplicând principiul *specialia generalibus derogant*, textul art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței va fi inaplicabil pentru ipoteza reglementată de art. 178 din același Cod, în acest caz debitorului fiind-i permis să efectueze plăți în vederea achitării datoriilor înscrise în tabelul definitiv.

În egală măsură, același art. 84 din Codul insolvenței oferă un remediu față de lipsa de reglementare a modalității de achitare a creanțelor în perioada de observație. Astfel, prin interpretarea *per a contrario* a acestui text, va rezulta că sunt valide plățile autorizate de judecătorul-sindic și avizate de către administratorul judiciar.

Procedura efectivă de achitare a acestor sume, precum și momentul în care pot fi realizate aceste plăți, nu sunt reglementate de Codul insolvențe. Este cert însă că pentru a face aplicabile prevederile art. 178 din Codul insolvenței, plățile nu pot fi realizate anterior momentului publicării tabelului definitiv, după cum nu pot fi făcute nici ulterior momentului confirmării unui plan de reorganizare, respectiv după pronunțarea hotărârii de intrare în faliment.

Se poate pune însă problema modalității în care se pot face aceste plăți tocmai pentru a se evita abuzurile. Ne referim la acele situații în care deși debitorul declară că dorește achitarea tuturor creanțelor din tabelul definitiv, achită doar o parte dintre acestea. Într-o asemenea ipoteză, am asista la o încălcare a principiului enunțat de art. 4 pct. 4 din Codul insolvenței ce impune asigurarea unui tratament egal creditorilor de același rang, respectiv a caracterului concursual al procedurii. Aceasta este rațiunea pentru care opinăm în sensul că debitorul va trebui să-l notifice pe administratorul judiciar cu privire la intenția de a achita toate creanțele din tabelul definitiv, acesta din urmă fiind dator să verifice dacă prin fondurile de care dispune debitorul se poate realiza această operațiune. În jurisprudența vechii Legi nr. 85/2006

s-a reținut în sensul celor reglementate de art. 178 din Codul insolvenței, și anume că dacă se constată că ulterior deschiderii procedurii insolvenței, toate creanțele au fost achitate, judecătorul-sindic va dispune închiderea procedurii, constatarea noii situații juridice fiind posibilă chiar și în calea extraordinară de atac a contestației în anulare¹. Practica judiciară anterioară s-a lovit chiar de ipoteza ce face obiectul reglementării art. 170 din Codul insolvenței, stabilind că achitarea întregului pasiv înscris în tabelul creditorilor în perioada de observație duce la imposibilitatea continuării procedurii, închiderea procedurii urmând a se va întemeia pe interpretarea extensivă a art. 132 alin. (1) din Legea nr. 85/2006² (actualul art. 172 din Codul insolvenței).

A doua modalitate a cazului de închidere a procedurii insolvenței reglementat de art. 178 din Codul insolvenței vizează renunțarea la judecată³ a tuturor creditorilor înscrși în tabelul de creanțe. Operațiunea juridică trebuie realizată cu respectarea condițiilor art. 406 C.proc.civ. Renunțarea la judecată trebuie formulată de toți creditorii, iar nu doar de o parte a acestora⁴. Această modalitate reglementată de textul art. 178 din Codul insolvenței acoperă și ipoteza încheierii unei tranzacții între creditoare (creditori) și debitoare prin care părțile se înțeleg asupra

¹ C.A. Ploiești, decizia nr. 182/15.02.2007, în Insolvența 3. Ne rezervăm serioase rezerve în ceea ce privește posibilitatea constatării achitării tuturor creanțelor din tabelul de creanțe în calea de atac a contestației în anulare, judecătorul-sindic fiind unicul competent din punct de vedere funcțional să ateste acest fapt și, implicit, să dispună închiderea procedurii.

² Trib. Brașov, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința civilă nr. 774/04.10.2006, în Insolvența 3.

³ M. Tăbăreă, *Drept procesual civil*, vol. II Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Procedura necontencioasă judiciară. Proceduri speciale, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 456 și urm.

⁴ Ulterior momentului deschiderii procedurii, dreptul de dispoziție exercitat în condițiile acestui text urmează să se raporteze la toți creditorii înscrși în procedură, nefiind relevante stingerea doar a unora dintre creanțele declarate față de debitor – Trib. Constanța, Secția comercială, sentința nr. 6076/02.10.2006, în Insolvența 3.

condițiilor de stingere a datoriei¹. Judecătorul-sindic va lua act de această renunțare potrivit prevederilor art. 438 și urm. C.proc.civ., prin pronunțarea uneia sau mai multor hotărâri de expedient în vederea consfințirii învoielii participanților la procedura insolvenței.

(vii) **Fuziunea societății (absorbite)** aflate în insolvență reprezintă un caz de închidere a procedurii insolvenței ce nu este reglementat de Codul insolvenței. Cu toate acestea, prin efectele pe care le produce fuziunea prin absorbție – dispariția societății absorbite, debitoarea – se ajunge în mod implicit și la închiderea procedurii insolvenței, prin rămânerea procedurii fără subiectul activ, anume debitorul².

Secțiunea a 3-a. Efectele închiderii procedurii asupra creditorilor

Efectele închiderii procedurii insolvenței, în marea lor majoritate, îl vizează pe debitor care, fie este radiat din Registrul Comerțului, încetându-și astfel existența, fie iese din insolvență ca urmare a reușitei planului de reorganizare, respectiv a achitării creanțelor anterior intrării în reorganizare. Efectele închiderii procedurii insolvenței vor fi diferite, în funcție de reglementarea legală pe care se sprijină sentința de închidere a procedurii insolvenței.

¹ Trib. Maramureș, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 5610/20.12.2006, în Insolvența 3.

² Pentru mai multe detalii a se vedea *supra*, Capitolul IV. Falimentul, Secțiunea a 5-a. Confirmarea și efectele confirmării planului de reorganizare, p. 180.

§1. Închiderea insolvenței ca urmare a realizării planului de reorganizare

Creditorii participanți la procedura insolvenței, precum și cei curenți sunt principalii câștigători ai finalizării procesului de insolvență prin această modalitate, întrucât sunt achitate toate creanțele curente, respectiv cele din tabelul definitiv, în forma propusă prin programul de plăți din planul de reorganizare, votat de creditorii.

Singurul efect pe care închiderea procedurii în această modalitate îl are asupra creditorilor este cel reglementat de art. 181 alin. (2) din Codul insolvenței, în sensul că aceștia pierd în mod definitiv partea din creanță ce le-a fost diminuată prin planul de reorganizare. Definitivarea acestei diminuări a creanțelor este afectată de condiția rezolutorie a eșuării planului de reorganizare și, implicit, a intrării în faliment. Cum odată cu închiderea procedurii ca urmare a realizării planului se constată imposibilitatea îndeplinirii condiției rezolutorii, diminuarea de creanțe va dobândi implicit caracter definitiv.

Închiderea procedurii ca urmare a finalizării cu succes a planului de reorganizare, generează o serie de efecte fiscale asupra creditorilor ale căror creanțe au fost diminuate. Această diminuare se definitivează potrivit prevederilor art. 140 alin. (1) din Codul insolvenței la momentul închiderii procedurii. Pierderile astfel înregistrate de creditorii vor putea fi încadrate în categoria cheltuielilor deductibile. Art. 21 C.fisc. stabilește că pentru determinarea profitului impozabil sunt considerate cheltuieli deductibile numai cheltuielile efectuate în scopul realizării de venituri impozabile. Alin. (2) lit. n) pct. 1 din același articol stabilește că sunt cheltuieli efectuate în scopul realizării de venituri și, implicit, intră în categoria celor deductibile, pierderile înregistrate ca urmare a închiderii procedurii insolvenței. Deși textul de lege citat folosește termenul de „închiderea procedurii de faliment”, opinăm în sensul că art. 21 C.fisc. se va aplica și în ipoteza diminuării creanțelor ca urmare a închiderii procedurii prin finalizarea cu succes a planului de reorganizare.

În aplicare vechii Legi nr. 85/2006, normele metodologice aferente art. 21 pct. 23 lit. k) C.fisc.¹, stabileau faptul că între cheltuielile deductibile vor intra și cheltuielile înregistrate la scoaterea din gestiune a creanțelor asupra clienților, determinate de punerea în aplicare a unui plan de reorganizare admis și confirmat printr-o sentință judecătorească. Această normă nu mai este aplicabilă și în sistemul reglementat de Codul insolvenței, efectele diminuării creanțelor definivându-se doar la momentul închiderii procedurii, iar nu la momentul confirmării planului, astfel cum se întâmpla potrivit vechii reglementări.

Aceeași este situația și dacă ulterior confirmării planului, acesta este modificat, potrivit procedurii reglementate de art. 139 din Codul insolvenței².

§2. Închiderea procedurii ca urmare a îndeostulării tuturor creditorilor în alte modalități decât prin planul de reorganizare

În această categorie intră ipotezele în care din lichidarea averii debitorului sunt obținute sumele necesare achitării masei credale, respectiv în ipoteza în care creditorii înscrși în tabelul definitiv sunt achitați în perioada de observație, potrivit prevederilor art. 178 din Codul insolvenței. În aceste două ipoteze, închiderea procedurii nu are niciun efect față de creditorii care își vād astfel realizate în întregime creanțele.

Totuși, în ipoteza reglementată de teza a II-a a art. 178 din Codul insolvenței, anume renunțarea la judecată formulată de creditorii, ca efect al închiderii procedurii se poate pune problema plății de către aceștia a unor cheltuieli de procedură în favoarea administratorului judiciar. Trebuie notat faptul că *de lege lata* Codul insolvenței nu conține nicio dispoziție care să reglementeze această situație, după cum nici vechea Lege nr. 85/2006 nu o făcea.

¹ Potrivit modificărilor aduse prin H.G. nr. 670/2012 (M.Of. nr. 481 din 13 iulie 2012).

² R. Bušan, G.C. Sandă, în R. Bušan (coord.), op. cit., p. 760.

Practica generată de vechea reglementare a reținut în câteva rânduri că în cazul admiterii recursului împotriva hotărârii de deschidere a procedurii și a respingerii cererii introductive, onorariul și cheltuielile efectuate de către administratorul judiciar în vederea administrării procedurii vor fi asimilate cheltuielilor de judecată și plătite de partea în culpă procesuală, nefiind îndeplinite condițiile privitoare la plata din contul debitoarei sau din fondul de lichidare¹.

§3. Închiderea procedurii ca urmare a imposibilității acoperirii creanțelor

Închiderea procedurii în această modalitate are drept efect ștergerea creanțelor pe care creditorii le aveau în contra debitorului, ca efect al dispariției subiectului pasiv din raportul juridic obligațional, anume radierea debitorului.

În vederea facilitării închiderii cât mai rapide a procedurilor de lichidare, textul art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței permite ca bunurile rămase în patrimoniul debitoarei să fie distribuite creditorilor în contul creanțelor pe care le dețin împotriva averii

¹ Trib. Arad, Secția comercială, încheierea nr. 1361/08.07.2007, în Insolvența 3. În egală măsură s-a reținut că Legea nr. 85/2014 nu prevede expres posibilitatea obligării creditorului la plata cheltuielilor de procedură, însă art. 342 din aceeași lege prevede că dispozițiile acestei legi se completează, în măsura compatibilității lor cu cele ale Codului de procedură civilă. Potrivit art. 12 C.proc.civ., drepturile procedurale trebuie exercitate cu bună-credință și conform scopului pentru care au fost recunoscute de lege. Dacă nici debitoarea și nici creditoarea nu au adus la cunoștința judecătorului-sindic că s-au efectuat plăți parțiale ale debitului, înțelegând să evidențieze aceste împrejurări doar cu prilejul exercitării căii de atac a recursului împotriva sentinței de deschidere a procedurii insolvenței cu consecința admiterii acesteia, se poate aprecia că ambele părți sunt în culpă procesuală, iar cheltuielile efectuate de administratorul judiciar asimilate cheltuielilor de judecată trebuie plătite de ambele părți – Trib. Arad, sentința comercială nr. 2405/25.11.2008, în Insolvența 3.

debitorului, în urma unei propuneri a acestora¹. Creditorii ce-și manifestă această intenție trebuie să achite toate sumele ce ar fi fost datorate creditorilor aflați pe ordinele de prioritate anterioare, precum și celor de pe aceeași ordine de prioritate, potrivit prevederilor art. 159 și art. 161 din Codul insolvenței, în situația în care bunul ar fi fost vândut către un terț. În cazul în care sunt mai mulți creditori care își manifestă opțiunea de distribuire a acelorași bunuri din averea debitorului, bunul se va distribui celui care oferă cel mai mare preț².

În ceea ce privește efectele fiscale, închiderea procedurii insolvenței ca urmare a constatării insuficienței activului permite creditorilor persoane juridice care nu și-au satisfăcut în totalitate creanțele să califice pierderile generate de insuficiența activului debitoarei drept cheltuieli deductibile [art. 21 alin. (2) lit. n) pct. 1 C.fisc.].

În privința TVA, baza taxabilă se va diminua la momentul închiderii procedurii. În acest sens sunt prevederile art. 138 lit. d) C.fisc., potrivit cărora baza de impozitare a TVA se reduce în cazul

¹ În reglementarea anterioară au existat situații în care, judecătorul-sindic a dispus subrogarea în drepturile debitoare pentru creditorii săi cu privire la creanțele pe care debitoarea le avea de recuperat de la terți. Constatându-se că în patrimoniul debitoarei există o singură creanță de recuperat în vederea realizării căreia s-a deschis un dosar de insolvență, judecătorul-sindic a dispus aplicarea art. 1108 lit. a) C.civ. din 1864 privitor la subrogarea de drept a creditorului A.F. în drepturile debitorului său SC A. SRL față de SC A.P. SRL. În urma acestui demers A.F. a devenit creditoare în dosarul privind insolvența SC A.P. SRL în locul SC A. SRL. În consecință judecătorul-sindic, constatând că nu există alte bunuri în patrimoniul debitoarei, a închis procedura în temeiul art. 131 din Legea insolvenței. Trib. Ialomița, sentința comercială nr. 1003/F/16.08.2006, în Insolvența 3. În prezent, față de dispozițiile extrem de clare ale art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței, fiind evident că o creanță ce se află în patrimoniul debitoarei reprezintă un bun, va fi necesară parcurgerea procedurii astfel reglementate, nefiind posibilă subrogarea în drepturile debitoarei de către creditori.

² În toate cazurile, prețul bunurilor distribuite creditorilor în contul creanțelor nu va fi mai mic decât valoarea stabilită prin raportul de evaluare.

în care contravaloarea bunurilor livrate sau a serviciilor prestate nu se poate încasa din cauza falimentului beneficiarului. Ajustarea este permisă începând cu data pronunțării hotărârii judecătorești de închidere a procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2014.

§4. Efectele pe care închiderea procedurii la are asupra acțiunilor specifice procedurii insolvenței – anularea actelor frauduloase și atragerea răspunderii

Pentru ambele acțiuni este necesară îndeplinirea unor condiții premisă fără de care exercitarea lor nu este admisibilă. Printre aceste situații premisă se regăsește, firește, și existența unei proceduri de insolvență deschise. În lipsa unei proceduri de insolvență deschise, și anume ca urmare a închiderii procedurii, acțiunile de reîntregire a patrimoniului debitoarei (acțiunile în anularea actelor frauduloase, respectiv acțiunea în atragerea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență) nu pot fi nici exercitate și nici continuate. Această concluzie ce are un puternic suport doctrinar¹, nu a fost reținută și de practica judiciară anterioară, decât în mod izolat, cel mai probabil din considerente de ordin practico-administrativ. Din punctul nostru de vedere, pentru respectarea condițiilor imperative ale Codului insolvenței, care reclamă existența procesului de insolvență pe toată perioada judecării acțiunilor de reîntregire a patrimoniului, soluția optimă ce trebuie adoptată în privința dosarului de insolvență este suspendarea judecării cererii de închidere a procedurii insolvenței până la data soluționării definitive a cererii privind atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență, respectiv a acțiunii în anularea actelor frauduloase².

¹ Gh. Piperea, *Insolvența: Legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 420.

² Trib. Iași, sentința comercială nr. 281/S/11.10.2006, în *Insolvența* 3.

§5. Efectele închiderii procedurii asupra posibilității creditorilor de a recupera creanțele de la garanții personali ai debitorului

Deschiderea procedurii insolvenței nu are niciun efect asupra dreptului creditorilor de a se îndrepta împotriva terților garanți. În acest sens sunt dispozițiile art. 75 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței, potrivit cărora nu sunt suspendate acțiunile judiciare ale creditorilor, îndreptate împotriva codebitorilor și/sau terților garanți.

Dacă deschiderea procedurii insolvenței nu are niciun efect asupra drepturilor creditorilor de a se îndrepta împotriva terților garanți, nu același lucru se poate spune și în ipoteza închiderii procedurii de faliment ca urmare a lipsei de resurse (art. 174 Codul insolvenței). În vederea conservării acțiunilor asupra garanțiilor și ulterior momentului închiderii procedurii insolvenței, creditorul trebuie să fi respectat imperativul dictat de textul art. 2315 C.civ., potrivit căruia dacă, urmare a faptei creditorului, subrogația garantului în drepturile creditorilor nu ar profita fideiusorului, acesta din urmă ar fi eliberat în limita sumei pe care nu ar putea să o recupereze de la debitor. Cu alte cuvinte, în ipoteza în care procedura insolvenței este închisă, terțul garant nu își poate exercita dreptul de regres împotriva debitorului principal întrucât, acesta din urmă își încetează existența în urma radierii din registrul de publicitate.

Această prevedere legală trebuie interpretată drept un mod de stingere specific fidejusiunii, independent de soarta obligației principale, și anume ipoteza în care, din culpa creditorului, fideiusorul nu ar mai avea posibilitatea să dobândească prin plata datoriei principale privilegiile și ipotecile de care beneficia creditorul.

Jurisprudența veche¹ a confirmat această viziune într-o speță similară, reținând că ipoteza stingerii fidejusiunii prin această modalitate este independentă de soarta obligației principale și

¹ I.C.C.J., decizia nr. 2247/02.10.2009 (www.legalis.ro).

operează atunci când din culpa creditorului, fidejusalul nu mai are posibilitatea să dobândească prin plata datoriei principale privilegiile și ipotecile de care beneficia creditorul în contractul de împrumut bancar.

Invocarea „cliberării” de datorie se poate face fie pe cale principală, dacă poate fi dovedit un interes, fie în cadrul unui litigiu, respectiv a procedurilor execuționale pornite împotriva garantului de creditor¹.

„Fapta” creditorului poate consta fie într-o acțiune (cum este, spre exemplu, renunțarea la o ipotecă), fie într-o inacțiune (spre exemplu, neînscrierea ipotecii în registrele de publicitate cu consecința pierderii rangului preferențial sau a inopozabilității față de terți sau, dacă este cazul, omisiunea de a exercita acțiunea în anularea actelor frauduloase, respectiv acțiunea în atragerea răspunderii persoanelor ce au contribuit la apariția stării de insolvență).

Oricum, în cazul în care creditorul întârzie sau omite să acționeze împotriva debitorului, iar acesta devine între timp insolubil, fidejusalul nu este liberat, deoarece el avea posibilitatea regresului anticipat, potrivit art. 2312 C.civ.²

¹ C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat*, Ed. All Beck, București, 2008, p. 323.

² C. Irimia, în *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori)*, op. cit., 2012, p. 2248.

Concluzii și propuneri de lege ferenda

1. Concluzii. În capitolul introductiv arătam faptul că procedura insolvenței nu a beneficiat de o abordare complexă și exhaustivă care să trateze această materie din perspectiva creditorilor. La finalul studiului nostru putem afirma că am realizat un pas important, prin scoaterea în evidență, pe parcursul celor șapte capitole, a mecanismelor specifice procedurii insolvenței, ce sunt puse la îndemâna creditorilor pentru recuperarea, într-o proporție cât mai mare, a creanțelor.

Procedura insolvenței trebuie văzută ca o procedură specială de acoperire a creanțelor. În dreptul interbelic „falimentul” era văzut într-o strânsă legătură cu teoria executării silite, din care deriva¹. Odată cu adoptarea Legii nr. 64/1995 și continuând cu Legea nr. 85/2006, respectiv cu prezenta Lege nr. 85/2014, procedura insolvenței nu mai poate fi asemuită cu procedura execuțională de drept comun.

Prin deschiderea procedurii insolvenței, drepturile individuale ale creditorilor, în legătură cu creanțele pe care le dețin în contra debitorului, suferă o serie de restricții destul de severe, acțiunile în realizarea creanțelor potrivit dreptului comun, inclusiv a celor garantate, la care trebuie adăugate urmărirea individuală fiind suspendate și ulterior desființate [art. 75 alin. (1) din Codul insolvenței]. Această limitare a drepturilor individuale ale creditorilor operează în vederea ocrotirii interesului colectiv al creditorilor debitorului insolvent care vor veni împreună la masa credală în vederea satisfacerii creanțelor. Asistăm practic la o *procedură judiciară de tip marxist* în care drepturile individuale ale creditorilor suferă o disoluție în favoarea drepturilor colective ale creditorilor.

¹ M. Pașcanu, op. cit., p. 8.

În acest context, studiul propus a răspuns la problemele pe care le pune procedura insolvenței prin identificarea unor mecanisme eficiente pentru maximizarea șanselor, a vitezei și a gradului de recuperare a creanțelor prin această procedură judiciară.

1.1. În acest context am arătat că cererea de deschidere a procedurii insolvenței joacă un dublu rol în privința posibilității de recuperare a creanțelor prin procedura insolvenței. Fie că este vorba despre determinarea debitorului de a-și achita de bunăvoie datoriile (atunci când este posibil acest lucru), în vederea evitării consecințelor nefaste generate de deschiderea procedurii, fie că este demarată procedura concursuală a insolvenței, finalitatea este aceeași, anume acoperirea creanțelor.

Întrucât scopul formulării cererii de deschidere a procedurii nu trebuie să îl contrazică pe cel al procedurii insolvenței (acoperirea pasivului *in genere*, deci o procedură specială de executare, colectivă), creditorul titular al cererii nu va urmări dobândirea unui titlu executoriu, ci, probând starea de insolvabilitate, va urmări să deschidă în privința debitorului procedura insolvenței. *Causa proxima* a cererii de deschidere a procedurii insolvenței este satisfacerea unui interes general (al tuturor creditorilor), de a supune debitorul controlului creditorilor și al judecătorului-sindic, în scopul acoperirii pasivului (art. 2 din Codul insolvenței). *Causa remota* a creditorului titular al cererii de deschidere a procedurii insolvenței poate fi reprezentată fie de dorința de a și acoperi creanța, fie de dorința de a prelua întreprinderea (în sensul art. 3 C.civ.) debitorului prin procedura insolvenței, și anume prin cumpărarea mijloacelor de producție ori preluarea controlului societății prin majorarea capitalului social al acesteia în urma conversiei creanței în acțiuni/părți sociale, respectiv printr-o preluare ostilă cu ajutorul mecanismului pus la dispoziție de prevederile art. 133 alin. (6) din Codul insolvenței.

Rezultă deci că cererea de deschidere a procedurii insolvenței are un caracter aparte, mixt, diferit de cel al unei cereri de chemare în judecată de drept comun, întrucât îmbină interesele concursuale ale creditorilor cu cele personale ale creditorului care formulează cererea.

1.2. În cadrul capitolului destinat **garanțiilor**, am identificat o serie de inadvertențe legislative și o lipsă totală de armonizare a instituției garanțiilor cu procedura insolvenței, aceasta deși este vorba despre acte normative recent adoptate (Noul Cod civil a intrat în vigoare în anul 2011, respectiv Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență).

În viziunea Codului civil, garanțiile se împart în două mari categorii: garanții personale și garanții reale. Există o diferență fundamentală între aceste două mari categorii de garanții; spre deosebire de garanțiile reale, care conferă drept de urmărire a bunului în mâinile oricui s-ar afla, în cazul garanțiilor personale executarea obligației debitorului se garantează prin afectarea, în principiu, a întregului patrimoniu al unui terț, care își ia angajamentul de a plăti, în cazul neexecutării obligației de către debitorul principal. Definind cauzele de preferință, Codul insolvenței a înlăturat din start din această categorie garanțiile personale ele fiind lipsite de relevanță juridică în derularea procedurii insolvenței.

Am dedicat o parte destul de consistentă din capitolul destinat garanțiilor problemei legate de *compatibilitatea limitărilor garanției comune a creditorilor cu procedura insolvenței*. Limitarea garanției comune se poate realiza exclusiv prin instituția insesizabilității. Cauzele de insesizabilitate legală nu au incidență în procedura insolvenței, interesantă pentru studiul nostru fiind modalitatea în care își produc efectele cauzele de insesizabilitate voluntară, anume: diviziunile patrimoniale aferente exercitării unei activități profesionale reglementate de lege [art. 2324 alin. (4) C.civ.]; fiducia (art. 773-791 C.civ.); convențiile de limitare a drepturilor creditorilor ipotecari (art. 2325 C.civ.); clauzele de insesizabilitate/inalienabilitate (art. 2329 C.civ.).

Au fost identificate o serie de modalități de interpretare a textelor legale prin intermediul cărora a fost posibilă determinarea regimului juridic aferent acestor instituții, odată cu surveniența insolvenței, fiind analizate prin raportare la aceste aspecte toate fazele procedurii insolvenței (perioada de observație, reorganizarea și falimentul).

1.3. În cadrul capitolului destinat **reorganizării judiciare** am analizat avantajele și dezavantajele procedurii reorganizării judiciare pentru creditori. Procedura reorganizării este benefică pentru creditori atunci când tinde la recuperarea creanțelor, chiar dacă nu în totalitate, întrucât sumele astfel încasate vor fi mai mari decât cele ce ar fi putut fi recuperate în cadrul falimentului astfel cum o impun prevederile art. 139 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței. Totodată, creditorii uzuali ai debitoarei aflate în reorganizare vor avea posibilitatea să continue relațiile comerciale cu acesta, în mod normal, creanțele născute ulterior deschiderii procedurii insolvenței având un tratament normal, urmând a fi achitate, conform art. 5 pct. 21, respectiv art. 102 alin. (6) din Codul insolvenței. De asemenea un avantaj serios de care pot beneficia creditorii este dat de posibilitatea propunerii unui plan prin care debitoarea să fie preluată de creditori, fie prin transformarea creanțelor în acțiuni/părți sociale ale debitoarei, fie prin intermediul unei fuziuni sau a unor divizări (preluare ostilă).

Un alt avantaj pe care reorganizarea judiciară îl prezintă față de procedura falimentului, nou introdus în Codul insolvenței, este legat de modificarea efectelor hotărârii judecătorești, de confirmare a planului de reorganizare. Astfel, spre deosebire de *vechea reglementare* [art. 102 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 85/2006] care statua că în cazul intrării în faliment ca urmare a eșuării planului, planul confirmat va fi socotit ca o hotărâre definitivă și irevocabilă împotriva debitorului, aspect ce făcea ca modificarea creanțelor prin planul de reorganizare să-și mențină efectele și în faliment (creanțele rămânând diminuate conform planului de reorganizare), noua reglementare [art. 140 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței] a preferat ipoteza opusă, stabilind că în cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv, fiind scăzute doar sumele achitate prin plan. În aceste condiții creditorii ar trebui să fie tentați să voteze planul de reorganizare prin care vor primi mai mult decât în faliment, având drept „plasă de siguranță” prevederile art. 140 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței, în ipoteza în care planul eșuează, în patrimoniul lor urmând a fi reanimate creanțele înscrise în tabelul definitiv.

Am trata inclusiv procedura de propunere, votare și confirmare a planului de reorganizare, precum și efectele pe care le produce un plan de reorganizare confirmat. O atenție deosebită a fost acordată procedurii de confirmare a planului de reorganizare în cadrul căreia au intervenit modificări de substanță odată cu adoptarea noii Legi nr. 85/2014. Modificarea este legată de posibilitatea acordată jucătorului-sindic de a exercita, pe lângă controlul de legalitate asupra planului, și un control asupra viabilității acestuia.

Finalul capitolului rezervat etapei reorganizării judiciare este destinat analizei modalităților de reorganizare specifice dreptului societar – divizarea și fuziunea. Deși suntem în fața unei reglementări noi, am observat că Legea nr. 85/2014 nu conține norme speciale privitoare la procedura de fuziune/divizare, în ipoteza în care sunt implicate societăți aflate în insolvență. Prevederile din Legea nr. 31/1990 referitoare la fuziune și divizare nu sunt perfect compatibile cu procedura insolvenței, aceasta fiind rațiunea pentru care a fost necesară identificarea unor soluții practice menite a debloca impedimentele ce ar putea surveni derularea și finalizarea acestor modalități de reorganizare.

1.4. Prin capitolul destinat procedurii falimentului am identificat mecanismele aflate la îndemâna creditorului în vederea recuperării creanțelor în această ultimă etapă a procedurii insolvenței.

Prin trecerea la faliment, debitorul intră în faza definitivă a procedurii insolvenței, toate operațiunile procedurii urmând a fi îndreptate către lichidarea averii debitorului, iar conducerea debitorului trece, invariabil, la lichidator. Ca urmare a trecerii la faliment intervine dizolvarea debitorului persoană juridică.

Scopul procedurii insolvenței (art. 2 din Codul insolvenței), a instituit, indirect, o ierarhie a modalităților procedurii insolvenței, preferând reorganizarea judiciară „atunci când este posibil”, în „dauna” falimentului. Este normală această abordare, Statul (prin menținerea în viață a unui contribuabil), angajații și familiile acestora (prin menținerea unui loc de muncă), respectiv ceilalți *stakeholderi* fiind direct interesați de salvarea debitorului, falimentul finalizându-se prin radierea debitorului din registrul în

care este înmatriculat, operațiune ce marchează „decesul oficial” al debitorului prin stingerea personalității juridice.

Falimentul are drept funcție generală securizarea activelor debitorului (recuperarea bunurilor aflate în posesia altor persoane, demararea unor acțiuni în anularea actelor frauduloase, recuperarea eventualelor creanțe rămase neachitate de către debitorii debitorului) și distribuirea sumelor rezultate din lichidare către creditori, dar și către asociați/acționari dacă în urma finalizării achitării creanțelor rezultă un surplus. Suplimentar, falimentul are și o funcție de normalizare, de asanare a mediului de afaceri, prin eliminarea din economie a agenților ce nu pot face față mediului concurențial.

1.5. Anularea actelor frauduloase și acțiunea în atragerea răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, sunt adevărate *class action*-uri specifice procedurii insolvenței prin intermediul căroră, fără a participa la proces, toți creditorii încearcă să-și materializeze sau să își majoreze șansele de recuperare a creanțelor deținute împotriva debitorului. Aceste două instrumente prezintă o serie importantă de avantaje ce pot fi materializate exclusiv în cadrul procedurii insolvenței, întrucât existența unei proceduri deschise reprezintă o situație premisă pentru ambele categorii de acțiuni.

Justificarea existenței *acțiunii în anularea actelor frauduloase* este strâns legată de faptul că actele în cauză, încheiate de debitor, sunt fie lipsite de utilitate pentru acesta, fie creează un avantaj anormal anumitor creditori ce alterează egalitatea de tratament de care aceștia beneficiază în cadrul procedurii colective. În exteriorul procedurii insolvenței, asemenea acte nu pot fi desfășurate, ele îndeplinind condițiile legale la momentul încheierii lor.

Deschiderea procedurii insolvenței și, implicit, declanșarea procedurii concursuale, expune anumite categorii de acte încheiate de debitor în perioada de 2 ani anteriori deschiderii procedurii insolvenței la riscul desfășurării dacă se demonstrează că interesele creditorilor au fost fraudate.

Demonstrarea fraudei în dauna creditorilor nu presupune existența unei rele-credințe din partea debitorului sau a

cocontractantului său. În cazul în care cocontractantul sau subdobânditorul sunt de rea-credință, prevederile art. 117-122 din Codul insolvenței reglementează un regim juridic sancționator diferit creanțelor pe care aceștia le dobândesc în contra debitorului ca urmare a admiterii acțiunii în anulare. Reaua-credință sau cauza ilicită, respectiv urmărirea provocării unor pagube creditorilor, nu reprezintă o condiție de admisibilitate a acțiunii în anulare a actelor frauduloase, după cum probarea bunei-credințe nu se poate constitui într-un argument în sensul respingerii acesteia. Nu este necesară probarea existenței unei înțelegeri frauduloase, ci exclusiv demonstrarea prejudicierii creditorilor sau existența unui avantaj anormal pentru anumiți creditori, respectiv ruperea egalității dintre creditorii din aceeași categorie.

La polul opus, *acțiunea în atragerea răspunderii persoanelor care au contribuit la apariția stării de insolvență*, fiind o formă specială de răspundere civilă delictuală, are ca situație premisă insuficiența activului pentru acoperirea masei credale. Prejudiciul ce poate fi acoperit prin această acțiune specifică procedurii insolvenței nu este cel cauzat debitoarei, ci este un prejudiciu produs, în mod indirect, creditorilor care, întrucât activul debitoarei nu este apt să acopere masa credală, se văd în imposibilitatea de a-și recupera în întregime creanțele.

Acțiunea în răspundere reglementată de art. 169 din Codul insolvenței nu poate fi calificată drept una lipsită de caracter sancționator, astfel cum era considerată pe bună dreptate în reglementarea vechii Legi nr. 85/2006. Prima componentă a răspunderii, cea care determină acoperirea prejudiciilor cauzate de insuficiența activului a rămas tot fără componenta sancționatorie, cuantumul total al despăgubirilor neavând cum să depășească pagubele suferite de creditori. În schimb, sancțiunea complementară a limitării capacității de exercițiu a persoanei făcute responsabile de surveniența insolvenței, prin instituirea interdicției de a mai ocupa funcția de administrator pentru o perioadă de 10 ani de la momentul definitivării hotărârii judecătorești, are un puternic caracter sancționator.

Un alt aspect extrem de important de scos în evidență este cel legat de faptul că persoanele ce pot fi responsabile de apariția

insolvenței nu se limitează la categoria organelor de conducere ale debitorului. Pe lângă aceste persoane, pot fi făcuți responsabili și administratorii de fapt (*shadow directors*), anume acele persoane, ce nu sunt investite în mod formal cu puteri de conducere, dar care în mod suveran și independent exercită o activitate pozitivă de gestiune și de administrare a societății. La aceste categorii de persoane se adaugă o a treia, în care sunt incluse orice alte persoane care, cu intenție, prin una dintre faptele enumerate la art. 169 din Codul insolvenței au cauzat insolvența: statul și unitățile administrative, băncile, societățile mamă, grupurile de interes economic.

1.6. Ultimul capitol este destinat **procedurii de închidere a insolvenței**. Această etapă a insolvenței, deși reprezintă punctul final al procedurii, este extrem de importantă prin raportare la de efectele pe care le produce. Închiderea procedurii reprezintă un proces cu un grad ridicat de dificultate, generat cel mai frecvent de contestațiile formulate de participanții la procedură, respectiv de căile de atac promovate împotriva hotărârilor judecătorului-sindic.

Au fost identificate șapte ipoteze ce atrag închiderea procedurii, fiecare dintre acestea fiind tratată în mod distinct, în funcție de particularitățile și de efectele pe care le produce: Lipsa de resurse; Executarea cu succes a planului de reorganizare; Terminarea lichidării și a tuturor distribuțiilor în caz de faliment; Acoperirea întregii mase credale, chiar înaintea finalizării lichidării; Neînregistrarea niciunei creanțe la masa credală, după deschiderea voluntară a procedurii; Achitarea tuturor creanțelor în perioada de observație/renunțarea la judecată a creditorilor în perioada de observație; Fuziunea societății (absorbite)

Ultima parte din cadrul acestui capitol tratează efectele pe care le produce închiderea procedurii: (i) din punct de vedere fiscal, pentru creditorii persoanei supuse procedurii; (ii) asupra acțiunilor specifice procedurii insolvenței – anularea actelor frauduloase și atragerea răspunderii; (iii) efectele închiderii procedurii asupra posibilității creditorilor de a recupera creanțele de la garanții personali ai debitorului.

2. Propuneri de lege ferenda. Noutatea reglementării în domeniul insolvenței, dar și complexitatea acestei materii în cadrul căreia se întrepătrund majoritatea instituțiilor de drept privat (fie raporturi juridice specifice profesioniștilor, fie raporturi juridice de drept civil comun), au determinat apariția unei lipse de corelare între legislația specială, specifică procedurii insolvenței, și instituțiile care interferează cu această procedură.

În egală măsură, pot fi propuse o serie de amendamente la actuala reglementare a Legii nr. 85/2014 cu scopul de a asigura o mai bună punere în practică a principiilor procedurii insolvenței, astfel cum sunt ele reglementate de art. 4 din Codul insolvenței.

2.1. Propuneri de lege ferenda în materia cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Reglementarea instituției cererii de deschidere a procedurii insolvenței este în general clară și lipsită de echivoc. Cu toate acestea considerăm că este necesară o intervenție a legiuitorului în privința normelor de competență funcțională cu privire la judecarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

De lege lata, judecătorul-sindic este cel care soluționează cererea de deschidere a procedurii insolvenței. Considerăm că trebuie să opereze o modificare în această privință, în sensul că cererile de deschidere a procedurii insolvenței ar trebui să fie soluționate de judecătorul de drept comun, investit cu judecata litigiilor între profesioniști. În acest mod aspectele de ordin subiectiv care îl pot afecta pe judecătorul ce se pronunță asupra deschiderii procedurii nu vor mai putea influența soluția (încărcarea rolului judecătorului-sindic, numirea unui anumit practician în insolvență etc.).

2.2. Propuneri de lege ferenda în materia acțiunii în anularea actelor frauduloase. În această materie, o mare problemă este reprezentată de scurtarea perioadei suspecte (de la 3 ani conform reglementării Legii nr. 85/2006, la 2 ani în actuala reglementare), respectiv termenul de decădere (maxim 16 luni) înăuntrul căruia, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, o astfel de acțiune poate fi exercitată. Majoritatea opiniilor doctrinare și jurisprudențiale au reținut oportunitatea termenului de 16 luni, considerând că din

rațiuni de celeritate, formularea unei acțiuni în anularea actelor frauduloase nu trebuie să fie permisă pentru o perioadă mai mare de timp. Aici considerăm că principiul maximizării gradului de satisfacere a creanțelor, dictat de art. 4 pct. 1 din Codul insolvenței trebuie să primeze în fața principiului celerității reglementat în cadrul art. 4 pct. 3 din Codul insolvenței.

În egală măsură considerăm că printre actele reglementate la art. 117 alin. (2) din Codul insolvenței, pentru care caracterul fraudulos este prezumat, să fie cuprinsă inclusiv fiducia, respectiv diviziunile patrimoniale constituite de către debitor înăuntrul perioadei suspecte, potrivit prevederilor art. 31-33 C.civ.

2.3. Propuneri de lege ferenda în materia acțiunii în atragerea răspunderii. Considerăm că este necesară identificarea și reglementarea mult mai clară a materiei atragerii răspunderii pentru contribuirea la apariția stării de insolvență, în vederea compatibilizării acestui instrument cu reorganizarea judiciară. Astfel, considerăm că este necesară reglementarea în mod expres a posibilității propunerii prin plan a acestei modalități capitalizare a debitorului, cu indicarea în concret a condițiilor procedurale specifice, ce trebuie întrunite pentru demararea acestei acțiuni în faza de reorganizare.

2.4. Propuneri de lege ferenda în materia garanțiilor. În materia garanțiilor este necesară o modificare legislativă consistentă, menită a armoniza textele din noul Cod civil, cu cele din Legea nr. 85/2014.

În primul rând considerăm că este oportună includerea în definiția oferită de art. 5 pct. 15 – *creanțele care beneficiază de o cauză de preferință* – și a creanțelor care au atașate un drept de retenție.

Totodată este necesară identificarea unui mecanism care să facă posibilă vânzarea de către lichidator a bunurilor ce fac obiectul unui gaj. Conform prevederilor art. 2485 C.civ., gajul există numai atât timp cât creditorul deține bunul gajat. Același articol, la alin. (2), instituie o serie de excepții de la regulă, anume: (i) creditorul nu mai deține bunul, fără voia sa, prin fapta altei

persoane; (ii) creditorul a remis temporar bunul debitorului sau unui terț pentru a-l evalua, repara, transforma sau ameliora; (iii) creditorul a remis bunul unui alt creditor al debitorului său în cadrul unei proceduri de urmărire silită.

În vederea surmontării problemelor ce pot surveni în cursul procedurilor de lichidare, în privința bunurilor ce fac obiectul unui gaj, considerăm că este necesară modificarea prevederilor art. 2485 C.civ., prin introducerea unei noi excepții în cadrul alin. (2) care să vizeze ipoteza lichidării judiciare, anume remiterea bunului lichidatorului, respectiv administratorului judiciar, pentru a fi valorificat în cadrul procedurii.

Nu în ultimul rând, este necesară o compatibilizare a materiei cauzelor de limitare a garanției comune a creditorilor cu procedura insolvenței.

2.5. Propuneri de lege ferenda în materia reorganizării judiciare. În materia reorganizării judiciare considerăm că este necesară intervenția legiuitorului în vederea clarificării problemelor apărute în practică în privința efectelor de ordin fiscal pe care le are confirmarea planului de reorganizare prin care au fost diminuate creanțele creditorilor. Descărcarea de datorii survenită ca urmare a modificării creanțelor prin intermediul planului de reorganizare este considerată de către ANAF ca venit impozabil și, urmare a controalelor efectuate de această instituție, sunt impuse sume cu titlu de impozit pe profit.

Scopul și principiile procedurii insolvenței nu pot fi conciliate cu o astfel de interpretare. Beneficiul acordat debitorului, de a diminua prin planul de reorganizare o parte sau toate creanțele înscrise în tabelul definitiv, nu trebuie și nici nu poate fi anihilat, în mod indirect printr-o interpretare a organelor fiscale. În acest sens propun modificarea Codului fiscal în sensul excluderii din categoria veniturilor impozabile a sumelor diminuate prin planul de reorganizare.

2.6. Propuneri de lege ferenda în materia închiderii procedurii. O modificare necesară în materia închiderii procedurii insolvenței trebuie să vizeze modalitatea de închidere a procedurii

reglementată de textul art. 178 teza I din Codul insolvenței. Achitarea creanțelor în perioada de observație, apare la o primă vedere imposibil de pus în practică întrucât în perioada de observație este interzisă achitarea de către debitor a creanțelor anterioare deschiderii procedurii, această operațiune fiind permisă exclusiv prin planul de reorganizare sau, ca efect al lichidării averii debitorului, în procedura falimentului.

Pentru aceste considerente opinăm în sensul că este necesară reglementarea unui mecanism clar, care să-i permită debitorului să facă uz de prevederile art. 178 teza I din Codul insolvenței. În acest sens propunem ca debitorul să fie obligat să-l notifice pe administratorul judiciar cu privire la intenția de a achita toate creanțele din tabelul definitiv, acesta din urmă fiind dator să verifice dacă prin fondurile de care dispune debitorul se poate realiza această operațiune. Totodată administratorul judiciar trebuie să fie cel care efectuează plățile în această ipoteză.

Bibliografie

I. Tratatе, cursuri, monografii (autori români)

- *Avram A.*, Procedura insolvenței. Partea generală, Studii și monografii, Ed. Hamangiu, București, 2008;
- *Adam I.*, Drept civil. Obligațiile. Faptul juridic, Ed. C.H. Beck, București, 2013;
- *Adam I., Savu C.N.*, Legea insolvenței. Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2007;
- *Al Hajjar S.*, Răspunderea civilă a administratorilor debitorului aflat în insolvență, Ed. Universul Juridic, București, 2012;
- *Avram A.*, Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii, Ed. Hamangiu, București, 2010;
- *Avram A.*, Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere, Ed. Hamangiu, București, 2007;
- *Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.)*, Noul Cod civil, Comentariu pe articole, ed. 1, Ed. C.H. Beck, București, 2012;
- *Bîrsan C.*, Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, ed. a 2-a, București, 2010;
- *Bîrsan C.*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a 9-a, Ed. Hamangiu, București, 2008;
- *Boroi G.*, Codul de procedură civilă. Comentat și adnotat, vol. I, Ed. All Beck, București, 2001, p. 330;
- *Boroi G.*, Drept civil. Partea generală persoanele, Ed. All Beck, București, 2001;
- *Boroi G., Ilie A.*, Comentariile Codului civil, Garanțiile personale, privilegiile și garanțiile reale, Ed. Hamangiu, București, 2012;
- *Bufan R.*, Tratat practic de insolvență, Ed. Hamangiu, București, 2014;

- Buta A., *Anularea actelor frauduloase în procedura insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2012;
- Cărpenu St. D., *Procedura reorganizării și lichidării judiciare*, Ed. Atlas Lex, București, 1996;
- Cărpenu St.D., Hotca M.A., Nemeș V., *Codul insolvenței comentat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014;
- Cărpenu St.D., Nemeș V., Hotca M.A., *Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008;
- Cărpenu St.D., Piperea Gh., David S., *Legea societăților. Comentariu pe articole*, ed. a 5-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014;
- Cărpenu St.D., *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009;
- Chiriță R., *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
- Ciobanu V.M., Briciu T.C., Dimu C.C., *Drept procesual civil. Drept execuțional civil. Arbitraj. Drept notarial*, Ed. Național, București, 2013;
- Ciobanu V.M., Nicolae M. (coord.), *Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013;
- *Codul comercial adnotat*, Ed. Tribuna, Craiova 1994;
- *Colectiv*, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, vol. III, Ed. Hamangiu, București, 2012;
- *Colectiv*, *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011;
- Deleanu I., *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005;
- Deleanu I., *Noul Cod de procedură civilă*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2013;
- Deleanu I., *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2005;
- *Dicționar de Drepturile Omului*, Ed. C.H. Beck, București, 2013;
- Dimitriu A., *Cererea de deschidere a procedurii insolvenței în Noul Cod al insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2014;

- *Frențiu G.C., Băldean D.L.*, Noul Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat., Ed. Hamangiu, București, 2013;
- *G. Boroi, Stancu M.*, Drept procesual civil, Ed. Hamangiu, București, 2015;
- *Gavrilă S.-P.*, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Practică judiciară. Jurisprudență, Ed. Hamangiu, București, 2013;
- *Gh. Beleiu*, Drept civil român. Introducere în dreptul civil român. Subiectele dreptului civil român, Ed. Universul Juridic, București, 2007;
- *Hamangiu C., Georgean N.*, Codul civil adnotat, Ed. All Beck, București, 2008;
- *Turcu*, Codul insolvenței. Legea nr. 85/2014. Comentariu pe articole, ed. a 5-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015;
- *Iancu L.O.*, Răspunderea civilă pentru apariția stării de insolvență, vol. I, Ed. Eurostampa, București, 2013;
- *Iancu L.O.*, Răspunderea civilă pentru apariția stării de insolvență, vol. II, Ed. Eurostampa, București, 2013;
- *Leș I.*, Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2013;
- *Leș I.*, Tratat de drept procesual civil – cu referiri la Proiectul Codului de procedură civilă, ed. a 5-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010;
- *Moțiu D.D.*, Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009;
- *Nasz C.B.*, Deschiderea procedurii insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- *Neagu L.*, Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere, Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2011;
- *Negură Gh.*, Răspunderea membrilor organelor de conducere în procedura insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2006, Ed. Hamangiu, București, 2007;
- *Nicolae M.*, Codex iuris civilis, tom. 1, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 572;
- *Obancia C.A.*, Procedura insolvenței. Efectele juridice asupra contractelor, Ed. Hamangiu, București, 2014;

- Pașcu M., Drept falimentar român, Ed. Cugetarea, București, 1926;
- Piperea Gh., Antonache C., Piperea P., Dimitriu A., Piperea M., Rățoi A., Atanasiu A., Noul Cod de procedură civilă, Note. Corelații. Explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2012;
- Piperea Gh., Dreptul comercial, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- Piperea Gh., Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008;
- Piperea Gh., Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale, Ed. All Beck, București, 1998;
- Pivnicieru M.-M., Susanu C.A., Susanu M., Procedura insolvenței. Practică judiciară 2006-2009, Ed. Hamangiu, București, 2009;
- Pop L., Tratat elementar de drept civil. Obligațiile, Ed. Universul Juridic, București, 2012;
- Pricope P., Procedura insolvenței. Acțiunea în anularea actelor frauduloase, Ed. Hamangiu, București, 2014;
- Rizoiu R., Garanțiile reale mobiliare, Ed. Universul Juridic, București, 2006;
- Roșu E., Procedura insolvenței. Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2011;
- Schiau I., Regimul juridic al insolvenței comerciale, Ed. All Beck, București, 2001;
- Stătescu C., Bîrsan C., Drept civil, Teoria generală a obligațiilor, Ed. All Beck, București, 1993;
- Stătescu C., Bîrsan C., Drept Civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a 3-a, Ed. All Beck, București, 2000;
- Tăbârcă M., Drept procesual civil, Vol. I. Teoria generală, Ed. Universul Juridic, București, 2013;
- Tăbârcă M., Drept procesual civil. vol. II Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Procedura necontencioasă judiciară. Proceduri speciale, Ed. Universul Juridic, București, 2013;
- Tănăsică E., Reorganizarea judiciară – o șansă acordată debitorului aflat în procedura generală de insolvență, Studii și monografii, Ed. Hamangiu, București, 2008;

- *Târșia A.C.*, Reorganizarea persoanei juridice de drept privat, Studii și monografii, Ed. Hamangiu, București, 2012;
- *Turcu I.*, Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012;
- *Turcu I.*, Tratat de insolvență, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
- *Turcu I.*, Tratat teoretic și practic de drept comercial, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
- *Turculeanu Troanță Rebeș A.-L.*, Compensația, Ed. C.H. Beck, București, 2012;
- *Țândăreanu N.*, Codul insolvenței adnotat. Noutăți, examinare comparativă și note explicative, Ed. Universul Juridic, București, 2014;
- *Țândăreanu N.*, Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006, Ed. Universul Juridic, București, 2012;
- *Țândăreanu N.*, Procedura reorganizării judiciare, Ed. All Beck, București, 2000;
- *Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România*, Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, vol. I, Ed. CH Beck, București, 2011;
- *Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România*, Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009, vol. II, Ed. CH Beck, București, 2011;
- *Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România*, Procedura insolvenței. Culegere de practica judiciară 2006-2009, vol. III, Ed. CH Beck, București, 2011;
- *Vasilescu P.*, Drept civil. Obligații, Ed. Hamangiu, București, 2012;
- *Viorel L.A., Viorel G.*, Noul Cod de procedură civilă. Vol. I Fundamentele art. 1-248, Ed. C.H. Beck, București, 2012.

II. Tratatate, cursuri, monografii (autori străini)

- *Chvika E.*, Droit Prive et procedures collectives, Defrenois, Paris, 2003;
- Code de Commerce, ed. 2002, Dalloz;
- *Cumeo V.L.*, Le procedure concursuali, ed. a 3-a, Giuffrè Editore, Milano, 2002;

- *Dal G.A., Dumont A.P.A.*, în *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 Juillet et 8 Août 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997;
- *Declercq P.J.M.*, *Netherlands Insolvency Law*, Haga, 2002;
- *Delebecque Ph., Ripert G., Roblot R., Germain M.*, *Traite de Droit Commercial*, tome 2, 16^e ed., L.G.D.J., Paris, 2002;
- *Finch V.*, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, Cambridge, 2002;
- *FL Memo*, *Company Law*, London, 2011, FL Memo Limited;
- *Galle Roussel Ph.*, *Entreprises en Difficulte*, LexisNexis, Paris, 2012;
- *Gibila D.*, *Droit des entreprises en difficulte*, Deferénois, Paris, 2009;
- *Goode R.*, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2011;
- *Hannigan B.*, *Company Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009;
- *Jacquemont A.*, *Droit des entreprises en Difficulte*, Litec, Paris, 2009;
- *Jauffret A.*, *Droit Commercial*, 23^e éd., L.G.D.J., Paris, 1997;
- *Jauffret A.*, *Droit Commercial*, 22^{ème} éd., par Jacques Mestre, L.G.D.J., Paris, 1995;
- *Kuhler B.M., Otte K.*, *Insolvency Proceedings*, în *Business transactions in Germany*, vol. II, Lexis Nexis, 2011;
- *Le Corre P.-M.*, *Droit et pratique des procedures collectives*, Dalloz, Paris, 2008;
- *Lienhard A.*, *Procedures collectives*, Dalloz, Paris, 2009;
- *Mangano R.*, *La revocatoria fallimentare delle attribuzioni indirette*, Giappichelli Editore, Torino, 2005;
- *Mayson St., French D., Ryan Ch.*, *Company Law*, Oxford University Press, 2010;
- *Renauld Centre J.*, *Le Nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite*, Ed. Academia, Bruxelles, 1997;
- *Rives-Lange J.L.*, *La notion de dirigeant de fait*, Dalloz, Paris, 1975;
- *Saint-Alary Houin C.*, *Code des entreprises en difficulte*, Litec, Paris, 2007;

- *Souweine C.*, Droit des entreprises en difficulté, PUG, Grenoble, 2004;
- *Vallansan J.*, Redressement et liquidation judiciaires, Litec, Paris, 2003;
- *Vidal D.*, Droit des procédures collectives, 2^{ème} ed., Gualino, Paris, 2008;
- *Walmsley K.*, Butterworths Company Law Handbook, 14th ed., Butterworths, London, 2000;
- *Waren E.*, Bankruptcy and Article 9, Aspen Publishers, New York, 2006.

III. Studii și articole (autori români)

- *Anghelof A., Lotrean A.*, Scurtă prezentare a noțiunii de ajutor de stat și a implicației acesteia în procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 11/2009;
- *Angheni S.*, Notă decizia nr. 226/C/2008 a C.A. Oradea, în C.J. nr. 12/2008;
- *Antonache C.*, notă critică la decizia nr. 1093/2009 a C.A. Ploiești, în C.J. nr. 11/2009;
- B.C.A. nr. 1/2009;
- B.C.A. nr. 1/2010;
- B.C.A. nr. 1/2011;
- B.C.A. nr. 1/2013;
- B.C.A. nr. 1/2014;
- B.C.A. nr. 1/2014;
- B.C.A. nr. 10/2011;
- B.C.A. nr. 11/2011;
- B.C.A. nr. 12/2012;
- B.C.A. nr. 12/2013;
- B.C.A. nr. 12/2014;
- B.C.A. nr. 2/2008;
- B.C.A. nr. 2/2009;
- B.C.A. nr. 2/2010;
- B.C.A. nr. 3/2009;
- B.C.A. nr. 3-4/2010;
- B.C.A. nr. 4/2014;

- B.C.A. nr. 5/2011;
- B.C.A. nr. 5/2012;
- *Buciuman A.*, Notă la sentința nr. 214/2001 a Trib. Arad, în S.U.B.B. nr. 1/2001;
- *Buta A., Moșiu F.*, Discuții în legătură cu normele legale aplicabile la executarea hotărârii de antrenare a răspunderii în baza art. 138 din Legea insolvenței în situația existenței creanțelor fiscale, în R.D.C. nr. 6/2010;
- *Buta A.*, Nota critică la C.A. Timișoara, Secția comercială, decizia nr. 346/22.02.2011, în C.J. nr. 4/2012;
- *Buta A.*, Nota critică la decizia nr. 480/2011 a C.A. Timișoara, în C.J. nr. 5/2011;
- *Cărpărenaru St.D.*, Cererea introductivă a debitorului, P.R. supliment 2007;
- *Cristoforeanu E.*, Nota la hotărârea din 12 octombrie 1925 a Trib. Covurlui II, în P.R. nr. 8/2008;
- *Dimitriu A.*, Garanțiile creditorilor în procedura insolvenței în obscuritatea noului Cod civil, în C.J. nr. 6/2013;
- *Dimitriu A.*, Răspunderea pentru cauzarea stării de insolvență a persoanelor care nu fac parte din organele de conducere ale debitorului, în C.J. nr. 11/2014;
- *Dimitriu A.*, Scurte considerații cu privire la divizarea și fuziunea în procedura insolvenței, în C.J. nr. 7/2014;
- *Florea B.*, Unele observații asupra contractului de fiducie astfel cum este el reglementat în noul Cod civil, în Dreptul nr. 8/2013;
- *Godâncă-Herlea V.*, Omisiunea de a depune contestație la cererea de deschidere a procedurii insolvenței. Efecte și remedii, în R.D.C. nr. 9/2009;
- *Jora C.*, Câteva considerații cu privire la aplicarea dispozițiilor art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare, raportat la prevederile art. 136 alin. (6) din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, în R.D.C. nr. 4/2013;
- *Moise A.A.*, Cesiunea autonomă a dreptului de ipotecă imobiliară și schimbarea rangului acestuia în lumina Noului Cod civil, în Dreptul nr. 6/2014;

- *Moșiu D.*, Particularitățile creanțelor salariale în procedura insolvenței, în P.R., supliment 2007;
- *Mușat C.*, Aspecte privind vânzarea bunurilor debitorului în cadrul procedurii insolvenței reglementată de Legea nr. 85/2006. Particularități ale vânzării cu plata prețului în rate, în R.D.B.F. nr. 1/2007;
- *Nasz C.B.*, Caracterul datoriilor care fac obiectul procedurii insolvenței, C.J. nr. 5/2009;
- *Nasz C.B.*, Notă critică la Decizia nr. 600/2007 a C.A. Timișoara, în R.D.C. nr. 5/2008;
- *Nasz C.B.*, Notă la decizia nr. 709/2008 a C.A. Timișoara, C.J. nr. 7/2009;
- *Nasz C.B.*, Unele considerații cu privire la confirmarea planului de reorganizare judiciară, în R.D.C. nr. 3/2013;
- P.R. nr. 2/2008;
- P.R. nr. 3/2008;
- *Paul M.C.*, Aspecte generale privind elementele de noutate aduse legislației insolvenței, în lucrarea Uniformizarea Dreptului, Iași, 2014;
- *Pintea V.*, Nota la sentința nr 187/2009 a Trib. Bacău, în C.J. nr. 6/2009;
- *Piperea Gh.*, Penalul ține în loc insolvența, în C.J. nr. 12/2014;
- R.R.D.J. nr. 4/2013;
- R.R.D.J. nr. 9/2009;
- *Rizoiu R.*, Unitate în diversitate: operațiunile asimilate ipotecii în noul Cod civil, în R.R.D.P. nr. 1/2013;
- *Sasu H., Țătu L.*, Codul de procedură fiscală întors pe toate fețele, în C.F. nr. 3/2008;
- *Savu R.*, Procedura insolvenței. Aprobarea planului de reorganizare de către judecătorul-sindic. Rolul judecătorului-sindic în cadrul procedurii insolvenței, în R.D.B.F. nr. 1/2011;
- *Szabo S.*, Particularități ale unor acte procesuale de dispoziție în acțiunea în acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, P.R. nr. 6/2006;
- *Szabo S.*, Răspunderea administratorului pentru folosirea bunurilor și a creditului societății, în P.R. nr. 2/2007;

- *Șcheaua M.*, Răspunderea civilă a membrilor organelor de conducere ale societăților comerciale, reglementată de Legea nr. 85/2006, în P.R. nr. 2/2006;
- *Țirnovanu S., Obancia A.*, Limitele legale ale lichidării în cadrul procedurii insolvenței, prin raportare la drepturile asociaților/acționarilor asupra averii debitorului falit R.D.B.F. nr. 2-3/2007;
- *Țăndăreanu N.*, obligația sau facultatea lichidatorului de a pune în executare hotărârea de antrenare a răspunderii administratorilor debitorului în faliment, în R.D.C. nr. 2/2010;
- *Vlăsceanu A.-M.*, Regimul juridic al transferului de întreprindere în Marea Britanie, în C.J. nr. 1/2013;
- *Weisman A.*, Posibilitatea schimbării ordinii de distribuție a creanțelor în cadrul procedurii insolvenței, prin convenția creditorilor, în C.J. nr. 1/2010.

III. Studii și articole (autori străini)

- *Billemont J.*, Clause de reserve de propriete et accession en matiere mobiliere: quand la propriete du tissu n'emporte pas la propriete des dessous, în *La semaine Juridique* nr. 5/2012;
- *Blanc G.*, Observation Com. 20.11.2001, no 99-21,661, inedit titre, în *Revue des procédures collectives* nr. 8/2002;
- *Blanc G.*, Observation Soc., 15.06.2004, no 97-45.899, inedit, în *Revue des procédures collectives* nr. 5/2008;
- *Cahir B.*, Proof of debt and asset recovery, în *Insolvency Law*, Cavendish Publishing, London, 2003;
- *Grelon B., Dessus Larrive C.*, La confusion des patrimoines au sein d'un groupe, în *Revue Pratique des societes*, 3/2007;
- *Lebel C.*, Limites du dessaisissement du debiteur en liquidation judiciaire, în *La semaine juridique* nr. 9/2012;
- *Lemistre B.*, Observation V Com., 11.03.1997, în *Rev.proc.coll.* nr. 5/1998;
- *Lienhard A.*, Incidence de la liquidation judiciaire sur les contracts en cours, în *Recueil Dalloz* nr. 31/7216, 2005;

- *Lienhard A.*, Lien de la causalite entre la faute de gestion et la condamnation au comblement de passif, în Recueil Dalloz nr. 27/7212 din 7.07.2005;
- *Lienhard A.*, Reserve de proprietate: revendication du prix contre un sous-acquereur, în Recueil Dalloz, nr. 24/7209, 2005 ;
- *Lienhard A.*, Responsabilite civile de l'administrateur pour defaut de paiement d'un fournisseur, în Recueil Dalloz nr. 22/7207, 2005;
- *Lienhard A.*, Transfert des contrats de travail en cas de cession globale d'une unite de production, în Recueil Dalloz nr. 20/7205, 2005;
- *Lienhard A.*, Publicite fonciere en nullite de la periode suspecte, în Recueil Dalloz nr. 17/7202, 2005;
- *Martin Stef A.*, Interdiction des paiements. Domaine d'application, în RTDcom. nr. 3/2011;
- *Martin Stef A.*, Irrecevabilite d'une demande d'annulation pour cause de la chose jugee, în RTDcom. nr. 4/2011;
- *Martin Stef A., Valleans J.L.*, Nouveau cas de nullite de plein droit, în RTDcom. nr. 2/2011;
- *Melin Fr.*, Confusion des patrimoines et societe situee a l'etranger, în La semaine juridique nr. 13/2012;
- R.J.D.A. nr. 1370/1994;
- R.J.D.A. nr. 3/2012, Ed. Francis Lefebvre;
- R.J.D.A. nr. 3/2012;
- Recueil Dalloz nr. 22/7207 din 2.06.2005;
- Recueil Dalloz nr. 27/7212 din 7.07.2005;
- *Roussel Galle Ph.*, Observation V. Soc., 21.02.2006, no 04-40.062, în Gazette des Procédures Collectives nr. 2/2006;
- RTDcom. nr. 4/2004;
- *Vallens J.-L.*, Un creancier peut contester l'ouverture d'une procedure de sauvegarde par la tierce opposition, în RTD com. nr. 2/2011.

V. Site-uri

- www.spete.info
- www.legalis.ro
- www.codfiscal.net

- www.jurindex.ro
- www.juridice.ro
- www.avocatura.com
- www.avocatnet.ro.
- <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>

Index alfabetic*

- Abuz de drept 16, 23, 28, 40,
45, 71, 74 și urm., 77, 79,
129-131, 175 și urm., 186,
251, 272
- achitarea tuturor creanțelor 175,
328, 421 și urm., 439
- acoperirea întregii mase credale
328, 420, 439
- acoperirea pasivului 25, 76, 84,
125, 197, 240, 253, 318, 329,
357, 359, 410, 433
- activitate curentă 149, 254
- aționar majoritar 339
- ațiune în anulare 180, 231,
248, 358
- ațiune revocatorie 228
- ajudecatar 209 și urm.
- administrator special 135-137,
141, 153-156, 220, 240, 312,
395, 399
- anularea actelor frauduloase 2,
9, 95 și urm., 98, 149, 155,
198, 205, 215, 225-239, 241,
248, 251-253, 259, 276, 284,
288, 291, 304-306, 311, 314,
376, 413, 429, 437, 439-441
- auditor 6, 334, 344
- Bancă 28, 59, 264, 268, 339,
342, 366, 439
- bilet la ordin 48, 268
- Capacitate de exercițiu 320 și
urm., 413, 438
- caracter cert al creanței 43, 55
- caracter concursual 73, 84, 97,
422
- caracter dezechilibrat al
tranzacției 280 și urm.
- caracter exigibil 43, 45, 50, 52,
54 și urm.
- caracter preferențial al plăților
380
- categorie defavorizată 179, 184
- cauțiune 10, 60, 65 și urm., 68,
75, 78, 363, 398
- cauză ilicită 250, 283, 438
- cauze de preferință 82, 85 și
urm., 90, 103, 122 și urm.,
147-149, 159, 160, 166, 185,
212-214, 216
- cenzor 6, 284, 316, 334, 345
- cerere reconvențională 305
- cereri conexe 43
- cesiune de creanță 100, 115

* Cifrele aldine fac trimitere la numărul paginii.

- cesiunea ipotecii 105, 107,
108-112
- cesiunea întreprinderii 126, 157
- cheltuieli de administrare 212
- cheltuieli de conservare 212
- cheltuieli de judecată 16, 41,
101, 427
- citare 8-11, 14, 60, 64-69, 240,
395
- Comitetul creditorilor 28, 85,
103, 144, 218, 236 și urm.,
240, 243, 273, 307, 311, 314,
398, 406, 415
- compensare 42 și urm., 256,
266, 301, 402
- condiție rezolutorie 98, 112,
186, 267, 425
- condiție suspensivă 55, 91, 98,
112, 140, 203, 221, 238, 267,
293 și urm.
- confirmarea planului de reorga-
nizare 129, 175, 185, 442
- confuziunea de patrimonii 323
- conivențe frauduloase 280, 283,
285
- constituirea unor garanții 256,
277
- consultant (avocat, bancher,
contabil) 340 și urm.
- contabilitate fictivă 373
- contract de credit 44, 46 și
urm., 260
- contracte aleatorii 278
- contracte cu prestații succesive
259
- contracte de credit 179, 265
- contracte de garanție financiară
255 și urm.
- contracte de leasing 179, 276
- contracte de muncă 158, 166, 282
- contraexpertiză 184
- convenție de limitare a
drepturilor de urmărire 98
- creanță curentă 127
- creanță exigibilă 55
- creanță lichidă 53
- creanță necontestată 44
- creanțe afectate de condiții
rezolutorii 140
- creanțe afectate de termen 140
- creanțe bugetare 48, 167-169
- creanțe curente 29, 153, 161,
359, 203
- creanțe nerecuperate 372
- creanțe salariale 100, 166
- creanțe subordonate 102
- crearea unei noi societăți cu
aceeași denumire 367
- creditor îndreptățit să solicite
deschiderea procedurii 34
- creditori controlați 178
- creditori indispensabili 100, 170
- Dare în plată 159, 209, 267, 286
și urm.
- decăderea din beneficiul
termenului 54, 203, 294
- deces 198, 412, 437
- declarație de creanță 14, 19 și
urm., 226
- denunțarea anumitor
contracte 99
- depozitarea materiilor prime 368
- dezbatare fond 61
- directorii departamentelor
tehnice 332
- directorul / membrii
directoratului 332

- discuțiunea bunurilor mobile /
imobiliară 116 și urm.
distribuirea activelor 223
distribuirea sumelor 98, 198
distrugerea documentelor
contabile 375
divizare 188, 129, 222, 271
diviziuni patrimoniale 89, 92
dobânzi accesorii 148
donații deghizate 277
donații indirecte 275 și urm.
drept de discuțiune 89
drept de retenție 82, 84 și urm.,
105, 106, 90, 101, 121 și
urm., 165, 304, 441
- Efecte de comerț 268
efecte fiscale 425
eliberare de datorie 431
evaluare în bloc 206
excepție de neexecutare a
contractului 47
executare silită 9, 35, 84, 96 și
urm., 101, 165, 211 și urm.,
229, 285, 372, 396, 399
executarea cu succes a planului
de reorganizare 419, 439
executarea garanțiilor 84
executor judecătoresc 106, 400
expertiză 125, 184, 280, 303,
375, 396
extinderea ipotecii asupra
fructelor 117
- Facturi fiscale 45
Fideiusiune 82, 260, 269, 275,
291, 296, 430
fideiusor 187, 205, 269, 296,
430 și urm.
- fiducie 91-96, 270, 441
fixare a primului termen de
judecată 59, 69
folosirea creditului societății 363
fraudarea legii 23, 262, 298
furnizori indispensabili 100,
171-173
fuziune 129, 158, 188-196,
222-224, 271, 323, 343,
424, 436, 439
- Garanție comună a creditorilor 86
garanții personale 81, 160, 291,
434
garanții reale 81-83, 123, 208,
287, 289, 434
gestiunea de afaceri 343
greșelile de management 384
grup de societăți 7, 190
grupurile de interes economic
343, 439
- Hotărâre AGA 6, 136 și urm.,
191, 194, 257, 344, 371
hotărâri judecătorești 11, 46, 49,
131, 144, 186, 288, 410
- Impreviziune 281
inadmisibilitate 11, 13, 37, 259,
402, 409 și urm.
informare cu privire la
avantajele medierii 35, 37
insesizabilitate 87-92, 98 și
urm., 434
insolvență iminentă 3, 5, 30,
56 și urm.
insolvență instalată 2, 370
insolvență prezumată 30, 32, 57
instituția plății nedatorate 72, 359

- instituție bancară 340
 insuficiența activului 56, 253,
 318, 321, 325, 347, 385 și urm,
 388 și urm., 392, 428, 438
 intenție 16, 283, 294, 319, 336,
 343, 362, 381-384, 390-392,
 428, 439
 interdicția de a ocupa funcția de
 administrator 322
 interdicția de înstrăinare 187
 interesul creditorului 19
 intervenție 18-24, 241, 440
 inventarierea patrimoniului 375
 invocarea erorii comune și
 invincibile 226
 ipotecă asupra creanței 115, 118
 ipotecă asupra unei
 universalități 108, 264 și
 urm., 290
 ipotecă legală 107, 165, 292 și
 urm., 302
 izvorul unei creanțe bugetare 169
 Împrumuturi intragrup 364
 încasarea avansului 366, 383
 încetare de plăți 32, 34, 38, 43,
 262, 265, 371, 379, 385
 încetarea administrării 115 și
 urm.
 înlocuirea administratorului
 judiciar/lichidatorului 327
 înregistrarea fictivă pe venituri
 366
 înstrăinarea activelor 146, 157,
 279
 înțelegerea părților 414
 Lease-back 281
 leziune 227, 280
 licitație publică 206-208
 limitarea garanției comune 87,
 90, 434
 lipsa de resurse 418, 439
 lipsa faptică mărfurilor lăsate în
 custodie 369
 lista cu creditorii indispen-
 sabilii 7
 Majoritate absolută 164, 177
 masă credală 161, 163, 176,
 186, 190, 202, 213, 224, 226,
 228, 234, 236, 238, 241, 248,
 277, 286, 304, 307, 328, 352,
 360, 398, 403-405, 414, 419,
 432, 438 și urm.
 mărirea fictivă a pasivului 376
 și urm.
 măsuri asigurătorii 101, 165,
 292, 398
 măsuri provizorii de conservare
 a patrimoniului 8
 măsuri vremelnice 64
 membrii consiliului de
 administrație 332, 339
 membrii consiliului de
 supraveghere 334
 modificarea masei credale 186
 modificarea tabelului preliminar
 / definitiv 226
 Neachitarea unor creanțe 384
 negociere directă 206 și urm.
 neînregistrarea niciunei creanțe
 420, 439
 nepredarea documentelor
 373-375
 notificarea organului fiscal 3, 7
 noțiunea de fraudă 249, 262

novație 266, 287, 362, 374,
390-393

nulitate absolută 233, 349

nulitate relativă 232 și urm.

Obiectul cererii 56, 356

obiecțiuni la acest raport de
expertiză 184

obiecțiuni la raportul final 220
și urm.

operațiuni asimilate ipotecii 94,
113

opозиție 10-17, 191-194, 240,
272, 420

ordonanță președințială 64,
66-68

Pact de răscumpărare 114

patrimoniu de afecțiune 270

perioadă de observație 27, 84,
93, 118, 127 și urm., 138,
152, 175, 198, 201, 203, 214,
242, 417, 421, 422, 426, 434,
439, 443

persoană care nu trebuie să
semneze cererea de deschidere
voluntară a procedurii
insolvenței 5

persoană interpusă 279

persoane juridice de drept
public 333, 339

plan de distribuție 217

plasarea de noi comenzi 383

plată cherabilă 148

plată portabilă 148

plățile făcute după deschiderea
procedurii 367

preluare ostilă 26, 129, 162,
433, 435

prelungirea termenului 137

prescripție 245-247, 258, 276,
356, 372, 408 și urm.

prezumție de fraudă 251

primul termen de judecată 59,
69, 311, 395, 409, 416

privilegiu 82 și urm., 90, 99 și
urm., 103, 121-123, 155, 164,
166, 287, 303

probe 5, 15, 19, 34, 39, 52, 56, 61,
64, 78, 273, 376, 396 și urm.

procedură de judecată
necontencioasă 21

proceduri colective 1, 28, 75,
197, 240, 400

program de plată 127, 145, 185

promisiunea bilaterală de
vânzare-cumpărare 256

protecție corespunzătoare 105 și
urm.

Radiere 163, 198, 222, 224,
419-421, 436

rangul ipotecii 109

raport asupra cauzelor 396

raport cazual 348

raport final 219 și urm.

raportul asupra cauzelor apari-
ției stării de insolvență 327

răspunderea civilă contractuală
316

răspunderea civilă delictuală
316, 376

răspunderea solidară 325, 333, 344
rea-credință 16, 77, 216, 235, 250,
285, 300, 303-307, 364, 438

recunoașterea de datorie 276

recunoașterea stării de
insolvență 34

refuzul de a introduce acțiunea
în atragerea răspunderii 328

regulamentul de vânzare

206-208, 210

reîntregirea patrimoniului 233

remiterea de datorie 275 și urm.

renunțarea la drept 73, 276, 414

renunțarea la judecată 421, 423,

426, 439

renunțarea la prescripție 276

restituire aport 268

restrângerea activității 145 și urm.

restructurarea corporativă 126,

145 și urm.

restructurarea operațională

și/sau financiară 126, 145

rezerva proprietății 114

ridicarea suspendării 84, 105

riscul insolvabilității 80

Schimbarea creditorului

garantat 112

schimbarea rangului ipotecii

105, 109 și urm.

scopul intervenției principale 23

scrisoare de confort 291

scrisoare de garanție 291

sechestrul aplicat de executorul

judiciar 108

sechestrul judiciar 249

semnare și ștampilare factură 53

shadow director / administrator

de fapt 330, 334, 336, 338-

340, 343, 439

societăți mamă 343

solidaritate 344-346, 407

sponsorizare 274

statul / autoritățile publice 342

subdobânditor 102, 215, 226,

234, 239, 241, 250, 252, 302,

304, 307, 312, 438

suspendare a procesului civil

358

suspendare caracterului

executoriu al hotărârii 66

suspendarea distribuirii 219

suspendarea provizorie a

oricăror proceduri de

executare silită 9

Tabel definitiv 203, 238

tabel suplimentar 203, 238

termen de decădere 244, 246 și

urm.

terminarea lichidării 419, 439

titlu executoriu 25, 44-47, 51,

56, 108, 433

transfer faptic de bunuri 365

transformarea gajului în ipotecă

120 și urm.

tranzacție 73, 157, 259, 264,

269, 276-281, 287, 294-297,

306, 309, 414

tratament corect și echitabil

181, 184, 190

TVA 157, 213, 428

Valoare de lichidare 151

valoarea contabilă 282, 419

valoare-prag 3, 33, 38, 55, 61

vânzare în bloc 209

vânzare silită a bunului mobil

ipotecat 116

vânzarea bunului altuia 120

verificare și regularizare a cererii

de chemare în judecată 14, 58

viabilitate 76, 146, 153, 181,

183, 186, 202, 360

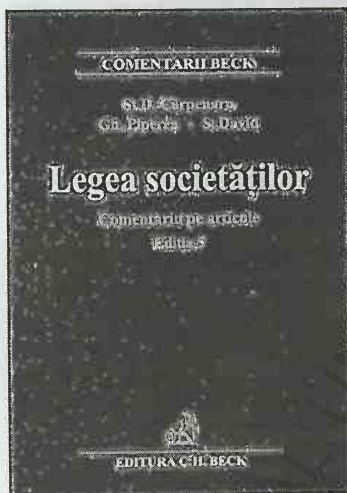
vot prin corespondență 179

Legea societăților

Comentariu pe articole

Ediția 5

St.D. Cărpenu, Gh. Piperea, S. David



960 pag., 249 lei
ISBN 978-606-18-0330-9

Într-un domeniu caracterizat de inflație legislativă și printr-o abundență de soluții jurisprudențiale neunitare, comentariul Legii nr. 31/1990, ajuns la a cincea ediție, se constituie într-o adevărată ancoră menită a atenua din efectele dăunătoare ale acestei derive legislative și jurisprudențiale. Adoptarea **noului Cod civil**, care a intrat în vigoare în 2011, a determinat consacrarea sistemului unitar (monist) de reglementare a raporturilor de drept privat, având drept consecință „civilizarea” raporturilor juridice comerciale, adică transformarea raporturilor juridice comerciale în raporturi civile guvernate de Codul civil și, totodată, încetarea existenței dreptului comercial.

Noul Cod civil și mai cu seamă **noul Cod de procedură civilă** au adus modificări substanțiale și în privința terminologiei folosite de legiuitor. Astfel, titlul legii și implicit al lucrării a fost modificat în „Legea societăților”.

Ediția de față a lucrării constituie o **prezentare „la zi”**, sub aspect legal, deopotrivă și jurisprudențial, a regimului juridic al societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, în condițiile noilor Coduri.

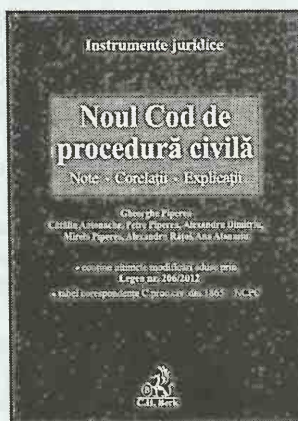
Noul Cod de procedură civilă

Note. Corelații. Explicații

Gheorghe Piperea

Cătălin Antonache, Petre Piperea, Alexandru Dimitriu,

Mirela Piperea, Alexandru Rățoi, Ana Atanasiu



1152 pag., 199 lei
ISBN 978-606-18-0075-9

Lucrarea „Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații” reunește un colectiv de autori, avocați aflați sub coordonarea Prof. univ. dr. Gheorghe Piperea, partener coordonator **SCA Piperea & Asociații**.

Cartea își propune o abordare integrală a Noului Cod de procedură civilă, fără pretenții de exhaustivitate, dar având rolul de a explica, dintr-o perspectivă pragmatică, noile prevederi procesual-civile, oferind astfel un sprijin real activității practicienilor.

Lucrarea cuprinde modificările aduse Noului Cod de procedură civilă prin Legea nr. 206/2012 pentru aprobarea O.U.G. nr. 44/2012 privind modificarea art. 81 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru completarea unor acte normative conexe. Totodată, în notele și explicațiile ce însoțesc textele de lege sunt făcute trimiteri la Propunerea legislativă nr. 436/16.10.2012 privind unele măsuri pentru degrevarea instanțelor judecătorești, precum și pentru pregătirea punerii în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

Codul insolvenței

Legea nr. 85-2014. Comentariu pe articole

Ediția 5

Ion Turcu



688 pag., 169 lei
ISBN 978-606-18-0411-5

Apariția mult așteptatului Cod al insolvenței a determinat aducerea la zi a comentariilor legislației în materie.

Aflată la a 5-a ediție, lucrarea își propune analiza noutăților aduse prin Legea nr. 85/2014. Prin această lege, legiuitorul a dorit să codifice într-un singur act normativ reglementările din materia insolvenței. Comentariile sunt realizate prin raportarea atât la dispozițiile vechii reglementări, cât și la normele dreptului privat, în genere, a cărui „fiică rebelă” este procedura insolvenței.

Av. Simona Maria Miloș, Președinte INPPI
București, 4 octombrie 2013

„Și pentru că a fost prima ediție a Conferinței Naționale de Insolvență, am ținut să omagiem, în mod special, o persoană deosebită – prof. univ. dr. Ion Turcu, părintele insolvenței în România. Pentru activitatea sa în domeniul insolvenței, încă de pe vremea când exista doar o singură lege proaspăt ieșită din Parlamentul României, când nu existau dosare, jurisprudență sau doctrină. În acea vreme, exista doar o carte, o carte verde, singurul reper pentru cei care activau în această zonă a dreptului comercial. Cartea domniei sale era singurul instrument disponibil judecătorilor-sindici și avocaților...”

Pentru toate aceste motive, dar și pentru contribuția adusă în domeniul insolvenței, domnul profesor Ion Turcu a primit diploma de excelență din partea INPPI”.

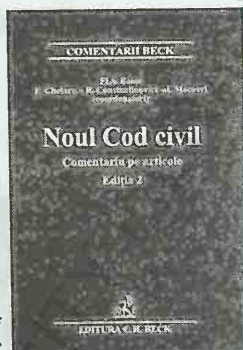
Noul Cod civil

Comentariu pe articole

Ediția 2

Coordonatori

*Flavius-Antoniou Baias, Eugen Chelaru,
Rodica Constantinovici, Ioan Macovei*



2960 pag., 599 lei
ISBN 978-606-18-0414-6

Noul Cod civil. Comentariu pe articole este prima lucrare de acest gen și de o asemenea amploare din literatura juridică română, fiind opera unui colectiv de 33 de autori care oferă o „acoperire națională” doctrinară fără precedent a școlilor de drept importante din România. Efortul acestora reprezintă materializarea ideii de familiarizare cu noile reglementări din domeniul dreptului civil, privit în sens larg, prin intermediul unui ghid în care pot fi găsite răspunsuri imediate, clare și relevante.

Lucrarea are drept punct de plecare textul noului Cod civil și oferă practicianului informația necesară pentru a-l putea înțelege și interpreta, atât prin prisma explicațiilor teoretice, cât și a trimerelor la soluțiile din practica judiciară, ceea ce asigură o viziune pragmatică asupra aplicării textelor din Cod.

Ediția a doua ține cont nu numai de modificările legislative intervenite, ci și de considerațiile doctrinare și, mai ales, de deciziile jurisprudenței în acele domenii de reglementare în care judecătorii au fost chemați să aplice deja prevederile noului Cod civil.

Produsele editurii C.H. Beck se pot achiziționa:

- ☐ Telefonice: 0214.100.873
- ☐ Email: comenzi@beck.ro
- ☐ Online: www.beckshop.ro
- ☐ Librăriile Editurii C.H. Beck

- **Librăria Kogălniceanu** (Universitatea din București, Facultatea de Drept)
B-dul Mihail Kogălniceanu nr. 34-36, sector 5, București
- **Librăria C.H. Beck Baia Mare** (Tribunalul Baia Mare)
B-dul Republicii nr. 2A, Baia Mare, județul Maramureș
- **Librăria C.H. Beck Timișoara** (Curtea de Apel Timișoara)
Piața Tepeș Vodă nr. 2, Timișoara, județul Timiș

- ☐ Librăriile partenere – detalii www.beck.ro/librarii/librariile-partenere/

Editura C.H. Beck

Strada Sergent Nufu Ion nr. 2, sector 5, București

Tel: 0214.100.847; Fax: 0214.100.848; E-mail: comenzi@beck.ro

Program: Luni – Vineri 8:30 – 17:00

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2015/18227

6990 C4

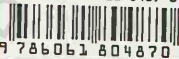
Praxis

În contextul în care în România există din ce în ce mai multe proceduri de insolvență pe rolul instanțelor, fiind adoptat relativ recent și un nou „Cod” al insolvenței care își propune să reunească toate reglementările referitoare la insolvență, autorul propune o abordare sistematică excelentă a noii legislații în materie, cu trimiteri frecvente la jurisprudența instanțelor de judecată, cristalizată sub imperiul vechii reglementări a insolvenței, cu prezentarea principalelor opinii din literatura de specialitate deopotrivă națională și europeană.

Lucrarea vizează modalitatea de recuperare a creanțelor prin mecanismele prevăzute de **Legea nr. 85/2014**, tratând de o manieră exhaustivă drepturile și mecanismele puse la îndemâna creditorilor de procedura insolvenței, în vederea recuperării cât mai eficiente a creanțelor.

Preț 69,90 lei

ISBN 978-606-18-0487-0



9 786061 804870

www.beckshop.ro